任东来
陈 伟 /等著
白雪峰

美国宪政历程：

影响美国的25个司法大案

America

MEIGUO
XIANZHENG
LICHENG

YINGXIANG MEIGUO DE
25 GE SIFA DAAN

中国法制出版社

美国宪政历程：

影响美国的 25 个司法大案

任东来　陈伟　白雪峰

Camus Cheng

简介

在美国，自然权利是神圣的，社会契约是神圣的，拥有私有财产是神圣的；更不消说，神与对神的信仰是神圣的。这些观念融合在一起，才形成了法律在美国的神圣性。因此，在比较深入地了解美国法律，就必须了美国社会生活的方方面面；反过来也一样，要研究美国的任何一个侧面，都需要了解美国法律。

值得称道的是，本书并没有就法律谈法律，而是用生动的笔触，翔实的资料，描述了法治在美国社会的各个方面从生根到开花的历程。联邦最高法院的25 个故事所揭示的，是一以贯之而又不断发展的一种观念，一种精神。美国宪政的酸甜苦辣尽在其中，让读者去细细品味。东来博士要求这部书“溶学术著作的准确性和通俗读物的可读性于一体”，我看这个任务是圆满完成的。

——中国社会科学院美国研究所所长 王缉思

序言

比我年轻得多的老友任东来博士同陈伟等先生合作撰写了这部《美国宪政历程》，命我作序。本来是不想在自己不熟悉的领域发表议论的，因为东来的学识、学历和文笔都在我之上，岂敢“不识抬举”？好在这部书是写给对法律有兴趣的广大读者，而不是写给法学专家的，在此添几句外行话，谅作者和读者不会太见怪。

照我的理解，本书的案例中体现出来的法治（rule of law）精神，同我们一般所说的“依法而治”（rule by law），在英文中虽只有一个介词之差，二者的区别却非同小可。“法治”的评语或主体是“法”。宪法作为国家根本大法是至高无上的，任何人凌驾于宪法之上或者任何事被判定为“unconstitutional”（违宪），罪莫大焉！但在“依法而治”中，评语被

有意或无意地省略了，即由“谁”来依法治理？这个“谁”与“法”之间，孰大孰小、孰重孰轻就有讲究了，搞得不好，“依法而治”仍然可能变为“人治”。

显然，法律本身是不会去治理的，还要有人或机构去解释和执行。在本书列举的美国案例中，一旦事情成为法律问题，法院就是权威，由大法官组成的联邦最高法院就是最高权威。在“Dartmouth college v. Woodward”（1819）中，联邦最高法院的判决既违背了 New Hampshire 政府的意志 ,又宣布州议会通过的法律无效，还推翻了该州各级法院的判决，维护了有关私有财产契约的神圣性。这一判决的根据是美国宪法第一条第十款的一项规定 ,即不得通过任何损害契约义务的法律。在“George W. Bush， et al.，petitioners v. Albert Gore， Jr.， et al.”（2000）中，共和党总统候选人 Bush 不服 Florida 最高法院的判决，上诉到联邦最高法院，联邦最高法院的大法官以 5 票对 4 票的微弱多数裁定 Florida 最高法院继

续人工计票的决定违宪。我们在这些案例中看到的法治是司法独立的威力，是法大于权、法律程序重于政治结果。

当然，正如本书多处提示的，美国法律判决也会受金钱、舆论、政治、法官个人的党派色彩和信仰等多方因素的影响，因此绝非总是公正无私的。但“George W. Bush， et al.， petitioners v. Albert Gore， Jr.， et al.”等案例表明，美国人都认为最终接受法律裁决是天经地义，无论其公正与否。公民对法律的尊重是美国法治的重要基础。本书中引用了法国思想家托克维尔的一段评论：“他们（联邦大法官）的权力是巨大的，但这是受到舆论支持的权力。只要人民同意服从法律，他们就力大无穷；而如果人民忽视法律，他们就无能为力。”必须强调指出的是，美国人的守法观念同他们的权利观念是一个硬币的两面，缺一不可。权利是受到法律保护的，公民因而也有守法的义务。

在公民权利方面更具美国特色的观念是：个人权利不是统治者赐予的，而是与生俱来、不可剥夺的。1776年的《独立宣言》说："我们认为这些真理是不言而喻的：人人生而平等，他们都被他们的造物主赋予了某些不可转让的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利，所以才在人们中间成立政府。而政府的正当权力系得自被统治者的同意。"这就是说，是上帝创造了人人平等，并赋予他们自然权利。由此可见，美国公民权利的观念至少部份来源于宗教。绝大多数美国人信神，没有听说过哪个美国政治家或法官对每张美元纸币上都印着in god we trust（我们信仰神）表示过异议，所以，"天赋人权"的观念是不容挑战的。

《独立宣言》的思想有两个主要来源。一个来源是以约翰。加尔文教义为核心的清教主义信仰。17世纪美国新英格兰清教徒中盛行的盟约观念号召人们，要依照上帝的旨意服从他们的统治者及所在地的

法律。同时，在加尔文教义中，如果统治者的行为在某些方面违背了与上帝的盟约，就失去了其权威性，人民就有权利也有义务推翻其统治。

Thomas Jefferson 起草的《独立宣言》的另一个思想来源是 17 世纪英国哲学家和政治学家约翰。洛克等人的理论。洛克认为 :人们握有对生命、自由、财产的自然权利，这些权利是神所赋予的，因此不能把它们移交给另一个专断的权力 ;建立政府是为了保障而不是损害这些权利 ,因而政府也不能不经同意就取得或再分配财产。洛克关于法律的观点是：人们立法不是为了取消自然法或自然权利 ,而是为了赋予法律在自然状态下所缺少的明晰、精确以及公正的实施。自然权利仍然应当保留，而且制约所有的人，“立法者与他人平等”。《独立宣言》把一般所指的自然权利中的财产权改成了 “追求幸福的权利”，但在美国人的心目中 ,自然权利仍然意味着“生命、自由、财产”，法律首选是为反抗政府滥用权力、保障人们的自然权

利而建立的。

“社会契约”也是美国法治中不可缺少的一个概念，其中心内容是政府是自由的、具有道德的人们自愿同意的人为产物，不存在天然的政治权威。政府必须同人民订立契约才能取得统治的合法性。社会契约论的理性基础也同基督新教有关，即新教教义中所倡导的个人道德自律、自主责任和义务。1994 年 11 月美国共和党同时在参议院和众议院取得多数席位之后，以纽特。金里奇为首的国会共和党人发表的一篇宣言题目就叫“contract with America”（同美利坚的契约），这篇宣言声称要通过重新缔结同美国人民的契约来恢复人民对国会和政府的信任。

在美国，自然权利是神圣的，社会契约是神圣的，拥有私有财产是神圣的，更不消说，神与对神的信仰也是神圣的。这些观念融合在一起，才形成了法律在美国的神圣性。因此，要比较深入地了解美国法律，就必须了解美国社会生活的方方面面；反过来也一样

——要研究美国的任何一个侧面,都需要了解美国法律。

值得称道的是,本书并没有就法律谈法律,而是用生动的笔触、翔实的资料描述了法治在美国社会的各个方面从生根到开花的历程。联邦最高法院的 25 个故事所提示的是一以贯之而又不断发展的一种观念、一种精神,美国宪政的酸甜苦辣尽在其中,让读者去细细品味。东来博士要求这部书“熔学术著作的准确性和通俗读物的可读性于一体”,我看这个任务是圆满完成了的。

最后,想替作者为本书做个题解,但愿不是画蛇添足。“宪政”一词,《现代汉语词典》(2002 年版)的定义是“民主的政治”。手头有一册上海辞书出版社 1980 年出版的《法学词典》,其中将“宪政运动”释为“争取制订宪法、实行民主政治的运动”,并说“世界上历来的宪政,都是革命成功并有了民主事实之后才实现的”,接着这部词典援引了孙中山为建立

民国而提出的“军政、训政、宪政”三阶段。显然，本书“美国宪政历程”中的“宪政”，绝非“立宪政治”或“民主政治”，同孙中山的“宪政”大相径庭，而大体是 constitutionalism 的意思，即在判例、司法解释、颁布法令中，依据宪法逐步形成一整套法律体系，借以治理国家。从“宪政”的不同定义中，可以体会到中美两国在法律体系和观念上的巨大差距。而正是这种差距，才使本书具有其价值和趣味。

这一解释是否正确达意？还请东来博士等方家指教。

王辑思　2002 年初秋于北京寓所（本文作者为中国社会科学院美国研究所所长、中华美国学会会长）

前言

任东来：美国联邦最高法院略论

2000 年美国总统大选难产，共和党候选人布什和民主党候选人戈尔的政治前途竟然系于佛罗里达州的区区几百张选票！为此，双方打得不可开交，还好不是在白宫门前舞枪弄棒，而是在法院上唇枪舌剑。双方几经过招，最后把官司打到了联邦最高法院，后者一锤定音，解决了长达 36 天的总统难产危机。

由非民选的最高法院大法官来解决选票统计的纷争，进而决定了总统宝座的归属，这多少是美国民主的尴尬。不过，在嘲笑美国民主制度“不民主”的同时，人们也实实在在地感受到了美国法治的完善和对法院权威的尊重。在美国联邦最高法院以 5 比 4 一票之差作出了不利于戈尔的判决后，戈尔优雅地承

认失败："我虽然很难同意最高法院的决定，但是我接受它。我接受这一判决的最终权威，……为了我们民族的团结和我们民主的力量，我拱手让步。"

一

对远在大洋彼岸隔岸观火、欣赏美国大选悲喜剧的中国读者来说，印象最深的可能不是布什和戈尔的较劲，而是最终由最高法院来定夺的解决问题的方式。这样，平时不显山露水的美国最高法院也开始进入中国读者的视野。在一个缺乏法治传统的社会中，我们可能无法理解美国联邦最高法院的权力和权威。美国法院哪儿来的这么大的权力？它何以能够获得被万民景仰、连总统都得让它三分的权威？它又以什么形式来展示、维护和巩固自己的权威？

的确，在当今世界各国政府中，似乎还没有哪个国家的司法部门拥有美国最高法院那样的权力和权威。这一权力来自它对美国根本大法——宪法的"话

语霸权”，它是美国宪法的最权威和终极的解释者，它的权威来自它的基本公正、来自它基本不受政府更替和舆论变迁的我行我素。20 世纪美国知名政治家、著名大法官查尔斯。休斯(Charles Evans Hughes ）在 1907 年的一次演说中曾感慨到：“我们生活在宪法之下，但这个宪法是什么意思却是法官们说了算。”说这番话时他是纽约州州长，后来，他破天荒地两度出任最高法院法官（1910—1916 任大法官，1930—1941 任首席大法官）,更是亲自体会到了这句话的份量。

对最高法院的这一“话语霸权”，美国行政当局头痛不已。学者出身的美国总统伍德罗。威尔逊（Woodrow Wilson，1913 - 1921 年任职）就曾抱怨道：最高法院“在不间断地开着制宪会议”。至于是否真的如此，他的前任、法官出生的总统威廉。塔夫托（William H. Taft，1909 - 1913 年任职）可能更有发言权。此公一生的梦想是当最高法院首席大法

官，但却阴差阳错先当上了总统。总统任内，他打破常规，利用职务之便提名年老体衰的大法官爱德华。怀特(当时已 65 岁)出任首席大法官(Edward White，1894 - 1910 年任大法官，1910 - 1921 年任首席大法官)，为自己退休后出任最高法院首席大法官铺平道路。1921 年怀特去世后，塔夫托如愿以偿执掌最高法院（1921 - 1930 年任职），成为美国历史上唯一一位既当过国家行政首脑又作过司法总管的美国政治家。他后来回忆说出任大法官是他一生最愉快的时期。可见，塔夫托对大法官职位的喜爱远胜过总统职位。

不过，需要指出的是，美国建国之初最高法院并不是非常有力的机构，大法官也不是一个令人仰慕的位置，因为美国宪法第三条对最高法院权限的规定非常笼统，只有短短的三款，远不及立法（第一条）和行政（第二条）那样详尽。它既没有明确规定联邦最高法院高于各州的法院，也没有明确指出最高法院对

国会立法的司法审查权。

而且，从出生日期来看最高法院的也是其他两个政府部门的小弟弟：国会老大，众议院和参议院是分别在 1789 年 4 月 1 日和 6 日成立的；总统老二，华盛顿在 4 月 30 日宣誓就任美国第一任总统。该年 9 月 24 日，华盛顿签署了国会两院通过的《1789 年司法条例》，建立起美国最早的联邦司法体系，即由 6 位大法官组成的联邦最高法院以及由大法官兼任法官的 3 个巡回法院和 13 个地方法院。次年 2 月 2 日，在纽约的皇家证券大楼（the Royal Exchange Building）最高法院正式成立办公。

不过，当时华盛顿任命的 6 名大法官中只到了 4 位。罗伯特。哈里森（Robert Harrison）干脆就拒绝了华盛顿的任命，因为在他看来，他当时的职务马里兰州大法官（chancellor）要比联邦最高法院大法官更重要更体面。来自南卡罗来纳的约翰。拉特利奇（John Rutledge）虽然不好驳华盛顿的面子，勉强

接受了任命，但却从未到任履新，一年后便辞职去担任南卡罗来纳州最高法院的首席大法官了。甚至就连第一位首席大法官约翰。杰伊（John Jay，1789-1795 年任职）后来也撂挑子不干了，回家乡纽约去当了州长。他当时写信给约翰。亚当斯总统（John Adams， 1796 - 1800 任职）抱怨说："在一种有如此缺陷的制度下，它（大法官的位置）缺乏必不可少的活力、份量和尊严"。

因此可以说，在美国立宪建国之初最高法院无足轻重。它甚至连个像样的、单独的办公楼都没有。19 世纪初，美国建立首都哥伦比亚特区时，国会根本没有考虑单独给最高法院盖个办公楼，只是说在国会大厦的一楼给它留一间"只需家具"的房间。当时有人这样描绘了最高法院的窘境："一个陌生人在国会大厦黑暗的通道上转上一个星期，恐怕也无法找到这个管理着美利坚共和国司法机构的偏僻角落"。

1921 年塔夫托出任首席大法官后，积极谋求为

最高法院盖个像样儿的办公楼。此公毕竟是当过总统的大人物，人脉广泛，活动能量极大，1929 年，国会原则上同意修建最高法院大厦。1935 年，在摆脱经济大萧条的背景下，富兰克林。罗斯福总统（Franklin D. Roosevelt， 1933-1945 年任职）大兴土木盖美国式的“楼堂馆所”，总算在国会图书馆旁边为最高法院建了一幢庄重典雅的新古典式大厦。

最高法院办公地点的窘境，在某种程度上反映了美国建国之初司法部门的软弱。但是，最高法院的大法官们决不满足甘当老三的地位，在能干的第四任首席大法官约翰。马歇尔（John Marshall， 1801 - 1935 任职）的领导下，最高法院终于争取到了司法审查权这一撒手锏，并通过一系列影响巨大的判决赢得了民众和其他政府部门对它一定的尊重和服从，终于确立并巩固了司法部门在美国政府三足鼎立框架中一足的地位。

二

在美国宪政中，最高法院最重要的责任是裁决涉及宪法解释问题的案件，判定某项法律或政府行动是否违宪。这一被称为司法审查的权力使最高法院能够否决联邦或州的法律，如果这些法律在最高法院看来是与宪法相冲突的话。在过去的 200 年里，最高法院一共判定大约 140 项国会立法违宪。通过运用这一强大的司法审查，最高法院在美国政治制度中发挥了至关重要的作用，成为民众与政府之间、各级政府之间以及政府各部门间争议的仲裁者和国家许多最重要问题的终极权威。

不过，在司法审查权这一问题上联邦法院的权力仍然受到间接的约束，美国宪法中的制衡原则依然有效。联邦政府的其他两部门可以从两个方面来监督联邦法院的这一撒手锏：第一，总统对联邦法官的任命权，再加上参议院的确认权；第二，像对其他联邦官员一样，国会可以对联邦法官行使弹劾与罢免权。

2005 年 9 月 29 日约翰。罗伯茨在白宫东厅宣誓就任美国联邦最高法院第 17 任首席大法官对联邦法院司法审查权的另一种制衡来自于其内部。首先是美国最高法院对下级联邦法院的判决进行审查的权力，因为从理论上说，任何一级联邦法院都可以行使司法审查权。其次是法官们对司法权力的自我约束。著名的开明派大法官布兰代斯（Louis D. Brandeis，1916 - 1939 年任职）曾有句名言："我们要做的最重要的事情是无所作为"。另外，最高法院虽然是美国三个政府部门中唯一一个非民选的机构，但其断案原则却是少数服从多数的民主原则。很显然，有多人组成（1860 年代后固定在 9 人）的最高法院本身就存在着不同司法观念和党派立场的制约与平衡。最后还需要指出的是社会舆论的无形制约。来自学术界和法律界对法官判决的经常性尖锐批评以及大众媒体的普遍报导，也多多少少限制了法官权力的运用。

今天，最高法院的大法官们更多地把最高法院的

作用看作是边境巡警或体育比赛的巡边员。它紧盯着行政权和立法权之间、联邦政府和州政府之间、各级政府和个人之间的边界，力求不偏不倚，追求公正无私，以保证美国宪法确定的制约和平衡的构架能够按宪法制定者们所希望的那样正常运作。

就具体职责而言，最高法院是美国联邦政府三权分立政治架构中司法部门的最高权威。最高法院有一定的初审权（如涉及外交使节的案子），但它更多的是审理对下级联邦法院和各州最高法院判决的上诉案件，主要是解决涉及宪法和联邦法律的那些纠纷。作为解释宪法的最高权威，它的裁决是最终的决定，其他政府部门（立法和行政）都无法改变它的判决。当然，也存在着改变最高法院判决的合法途径，但非常艰难，可谓难于上青天：一是最高法院在后来类似判决中修改或推翻了前面的判决——显然，要最高法院自认其错绝非易事；二是通过宪法修正案来否定最高法院的判决，但这要经历极为困难的宪法程序。由

于一项美国宪法修正案的通过需要繁琐的程序(美国宪法规定，任何一项宪法修正案只有经过国会两院三分之二多数通过、全国四分之三的州在规定的时间内批准方才有效)，在美国 200 多年的历史上，以宪法修正案的形式来推翻最高法院的判决只出现过 4 次。它们分别是:1798 年的第 11 条修正案，推翻了 1793 年一项允许个人在联邦法院控告州的判决；1868 年的第 14 条修正案，推翻了 1857 年斯科特案中黑人不是美国公民的判决；1913 年的第 16 条修正案，推翻了 1895 年一项禁止征收联邦所得税的判决；1971 年的第 26 条修正案，部份地推翻了 1970 年一项国会无权给予 18 至 20 岁公民在州选举中选举权的判决。

在某些特殊的情况下，作为执法部门的行政当局可能非常不满最高法院的判决，但又没有必要或者没有办法通过宪法修正案的形式来推翻它，偶然也会出现有法不依的现象，行政部门会对法院判决不理不睬。

比如，1830 年代初，马歇尔曾经两次在印地安人和美国南方佐治亚州纠纷的案件中裁定联邦政府有责任保护利益受到损害的印地安人部落。可是，不仅佐治亚抵制最高法院的判决，而且作为政府首脑的安德鲁。杰克逊总统（Andrew Jackson， 1829-1837 任职）也拒绝采取执法行动，他甚至嘲笑说："那好，既然马歇尔作出了他的决定，现在就让他自个儿去执行！"另外一个特例是 1935 年罗斯福推行新政时，在最高法院一再裁定其新政立法违宪的情况下，他以改组最高法院相威胁，迫使它的个别成员重新考虑自己的立场。

美国联邦制的特性决定了最高法院只能对联邦法院行使全权，但却无权管辖州法院系统，也不能越俎代庖解释州宪法和州法。不过，最高法院对各类上诉案件的判决对其他政府部门和各级法院均有约束力，它在判决中对宪法和联邦法律的解释同样适用于联邦法院和州法院系统。因此，最高法院还是能够间

接地约束和影响州法院系统的司法活动的。

三

美国最高法院追求公正，标榜无私，也的确给世人留下了公正无私的印象，连最高法院大法官的正式头衔都是用 Justice （公正），而非通常用的 Judge（法官）。不过，仔细研读最高法院大法官断案的历史，就会发现不公正也像恶魔一样缠绕着它，毕竟最高法院的大法官也非圣贤，孰能无过？杰克逊大法官（Robert H. Jackson，1941 - 1954 年任职）有句名言道出了问题的实质：“我们不是因为没有错误而成为终极权威，我们只是因为终极权威而没有错误。”判决黑人不是美国公民的斯科特案（1857）、裁决种族隔离合法并确定“隔离但平等”原则的普莱西案（1896）、认可联邦政府无理拘留日裔美国人的是松案（1944）可以说是最高法院最差劲判决的典型。

最高法院同样也追求政治中立，强调不偏不倚，

但事实上这也很难完全做到。且不说总统的提名和参议院的批准过程强烈的党派色彩必然会影响到出任大法官的人选，就是政治思潮的变迁、社会舆论的转向都会对大法官产生间接的影响。30 年代中期，最高法院对新政立法前后判若两人的立场变化、1950 - 60 年代沃伦法院(Warren Court，1953 - 1969)对民权和刑事被告权利案件的敏感都是明证。(美国最高法院大法官终身任职，没有届数，因此人们通常以首席大法官的名字来冠名历届最高法院。自 1789 年建立至今，美国联邦最高法院一共有 16 位首席大法官，包括他们在内的大法官全部人数是 108 位。大法官的权力平等，没有领导和被领导的关系，首席大法官只起召集作用，因此宪政学者认为他只是“平起平坐诸位中的第一人”。)著名大法官奥利弗。霍姆斯(Oliver Wendell Holmes， Jr，1902 - 1932 年任职)的名言“法律包含了思想交锋中获胜一方的信念”再好不过地说明了社会环境与法院判决的关系。

不过，这一关系与政客们笼络和讨好其选民的作法不可同日而语。用现任开明派女大法官鲁思。金斯伯格（Ruth Bader Ginsburg，1993 年起任职）的话说，法院不应该让自己关注于某一天的“天气”（weather），但应该留意特定时代的“气候”（climate）。

最高法院留意这种“气候”的表现之一，是利用它选择案件的权力来决定受理或不受理哪一类的案件。最高法院奉行“不告不受理”的原则，从不主动出击，甚至只要有可能，最高法院总是试图回避作出决定。因此，从表面上看最高法院非常被动和消极，但是，受不受理上诉案件、受理什么样的上诉案件却全是大法官们说了算，而且他们几乎从不解释受理的原因。可以这样说，这一受理决定权和最高法院的判决一样是大法官们最重要的作用。目前，每年都有 7 000 个左右的案件递上来，但最后只有 100 个左右案件被最高法院所接受，也就是说，在这些上诉案件

中只有七十分之一的受理可能性。所以，这里的学问可就大了，特别是一些大法官想有所作为时。比如，20 世纪初大法官频繁受理有关契约自由和产权的案子来保护自由放任的资本主义，而 1950 - 60 年代的沃伦法院则对刑事被告的权利情有独钟，推动举国上下对公众自由和公民权利的保护。

不过，最高法院也不能随心所欲地接案子，至少需要 4 名大法官同意才可以下调卷令。受理案件的根据大体上有两个标准：首先是一致性原则。大法官要看一下上诉的案件与全国其他地方类似的案件是否有同样的结果，如果不一致，他们就要考虑是否有必要受理，以便通过判决形成全国统一的标准，解决以后这类纠纷。第二是诉讼的司法性(可以由法院裁决)原则，这里就有一定的主观性。如果某个诉讼涉及下级法院判定一项联邦法律违宪无效，最高法院肯定会受理上诉。但其他一些涉及宪法权利的案子，尽管社会上极为关注，但最高法院可能以“不可裁判的争端”

为由不予理睬。例如，美国国内枪支泛滥成灾，管制问题日益突出，限制与反限制两派吵得不可开交，但就是对这一涉及美国宪法第 2 条修正案的持枪权问题，最高法院一再回避，1939 年后再没有接过任何这类案子。1990 年代，有好几个质疑国防部对待军中同性恋政策的案子最高法院也一概不理。

最高法院在判定哪些案子可诉哪些不可诉时大体上也有标准，只不过相对灵活。

首先是诉讼的真实性。据最高法院的宪法解释，真实的案件或纠纷是指当事双方之间有真实的相互对立的利益关系。如果双方当事人之间没有真实的利害关系，联邦法院将宣布案件缺乏可裁判性而将其驳回。例如，联邦法官不会受理原告没有遭受任何损失或伤害的案件，因为原告不具有真实原告的“法律地位”。

其次是诉讼的时效性。如果原告所称的损害尚未发生，并且在将来也不会发生，或者要到将来才发生，

法院就可裁定起诉的案件“时机不成熟”。此外，联邦法院也不受理原告的损害已经得到补偿的案件。

一句话，联邦法院只能受理真实的、现存的案件或纠纷，而不是可能在将来发生的或者曾经发生过的但原告所受损害已得到补偿的案件或纠纷。

再次是诉讼的回避“政治问题”（political question）原则。如果法官认为有关案件可以由法院管辖，但这一管辖可能会引起与立法和行政部门的权力冲突时，这类案件可以被看作是“政治问题”而确定为“非司法性案件”给予回避，从而使法院超然于政治旋涡之外，保证司法中立。最典型的就是有关外交政策的各类案子。

显然，平民百姓要把官司上诉到最高法院绝非易事，除了最高法院接受案子的这些苛刻条件外，还要付出巨大的财力和精力。现在，把一项违反公民宪法权利的案件上诉到最高法院至少要花费 10 万美元，一般需要 3 - 4 年的时间，如果没有美国公众自由联

盟（1920 年由一些知识精英倡导成立的维护宪法个人权利的社会组织，致力于用法律武器来保障和维护美国人的公共自由，是美国最有影响的民权组织之一）等民权团体慷慨资助的话，一般人是无法坚持到底的。

四

一旦最高法院决定受理案件，当事双方的律师就开始忙乎起来，准备庭辩。一些相关的利益集团或个人也以“法庭之友”（原文为拉丁文“Amicus Curiae”，指向法院呈送与案件相关的申辩材料、表达对法院所受理案件看法的非当事方，即第三方）身份向最高法院提供材料，提醒大法官注意案件的某些方面。在案件审理过程中，只有法庭辩论和宣读判决是对公众开放的。在 19 世纪，庭辩可能持续数日，如有关联邦和州关系的马卡洛诉马里兰州案（1819 年）的庭辩持续了整整 9 天。但现在的庭辩每方只有半个小时的时间！庭辩结束后，大法官们私下讨论，并初步投票，

如果首席大法官（Chief Justice）在多数一方，他就自己亲自或指定一位法官起草判决书；如果他在少数一边，就由多数派中最资深的大法官自己起草或指定其他法官起草判决书。

不过，负责起草判决书的大法官现在几乎个个都是“动嘴不动手”的君子，一般叫其法律助理（law clerk，首席大法官有四个助理，其余的大法官有三个助理）撰稿。对此，一些法律专家颇有怨言，但现任首席大法官威廉。伦奎斯特(William Rehnquist，1971 - 1986 年任大法官，1986 年至今任首席大法官）特别辩解说：“法官助理绝非可以随心所欲，相反，他所承担的是受到高度限制的任务，会议上的讨论和我给他的建议已经给他划定了范围。”(吴耘编注：《美国法治面面观》,北京大学出版社，2002，第 230 页。)

经过负责法官修改后，判决书草稿交给其他法官传阅并提意见，直至大家满意。在这过程中，有可能

出现个别法官因为判决书强有力的论证和逻辑而改变立场。这个判决书无论是全体法官一致同意，还是多数法官同意，都被称为法庭意见（opinion of the court）。（根据《美国联邦最高法院判例汇编》[The United States Reports]，判决书无论是全体法官一致同意还是多数法官同意，都被称为法庭意见[opinion of the court].在非一致通过的法庭意见中，多数派法官的意见一般被称为多数意见[majority opinion].）有些法官尽管同意判决结果，但可能不同意断案的根据和逻辑，便会另外提出补充意见（concurring opinions，也可称附加意见）。那些根本不同意判决决定的法官也发表自己的意见，通称为少数意见（ minority opinions），一般是各自撰写自己的异议（dissenting opinion）。所有这些意见都一一记录在案。著名的斯科特一案虽然是 7 比 2 作出的，但 9 位大法官各自阐述了他们不同的同意或反对的理由，致使判决书长达 250 页之多。在个别

案例中，最高法院不存在一个统一的多数意见，即当出现四比四僵局时，如果此时对判决起关键作用的那位法官根据不同的理由两边都投票，这种情况下，就会形成五比四的双重或多元意见（Plurality Opinion），由那位两边都投票的法官主持起草法院判决书。最典型的是 1978 年加州大学董事会诉巴基案中的双重判决。（详情见本书有关巴基案一章。）

记录在案的不同意见并非不重要，因为真理往往在少数人手中。它们可能是一种超越时代的远见卓识，可能是为弱者呐喊的不同凡响，可能是对未来的希望和憧憬。它们不仅迫使多数派考虑和应对少数派对判决理由和后果的有力质疑，更重要的是，它们可能为法院以后推翻不公正的判决奠定基础。例如在 1896 年的普莱西案中，唯一投反对票的约翰。哈兰（John Marshall Harlan，1877 - 1911 年任职） 大法官写下了著名异议："我们的宪法是不承认肤色差别的，它不承认也不容忍公民中间出现等级。……在涉及国

家最高法律所保障的人权时，法律不分环境和肤色，对所有人一视同仁。”半个多世纪后这一看法才最后被宣布“隔离但平等”违宪的布朗案（1954）所接受。

一旦判决书完成（如果是一致决定的话），或者多数意见和少数意见完成(如果不是一致决定的话)，最高法院便立即公开宣读判决。在 1965 年以前，通常是选择在星期一宣读。此外，1930 年以前是全文宣读，念上几个小时是常事，1857 年的斯科特案长达 250 页，念了整整两天！现在通常是只读摘要。判决的文字稿同时散发给新闻界和公众，几分钟后，有关法律的网站刊登出全文，供人浏览研究。

五

就是这样，最高法院通过它的判决影响着美国国家政治和社会生活。一旦决定作出，这些决定不仅对现实而且也会对未来产生影响，它们所确立的原则和

标准将直接影响美国联邦和各州法院系统以后的判决。就像布什和戈尔的选票诉讼大战一样，最高法院的每个决定以及它所想要解决的纠纷都讲述着一个精彩的故事，这些故事折射出美国人民的光荣与梦想、苦难与希望、失败与成功，每一个故事都讲述着美国特定历史时期的重大主题、基本事实和主导的法律理论。

本书收录的就是这些既平凡无奇（因为它涉及的往往是历史上无名小卒和芸芸众生的命运）又惊心动魄（因为它可能对无数黎民百姓的共同命运带来难以挽回的影响）的案例故事。透过这些案例，读者既可以对美国的历史发展和政治演变有个概要的了解，也可以从宪政法治的角度仅仅关注哪些自己特别感兴趣案件的背景、事实和影响。

本书可以看作是对美国联邦最高法院工作的一个初步介绍，只是这一介绍是通过案例的形式来实现的。与国内有关美国法律案例的书不同，我们注重的

不光是案件的结果、谁输谁赢，而是案子如何能够上诉到联邦最高法院，大法官们又是根据什么作出他们的判决以及这些判决产生了什么样的直接和间接的影响。尽管在讲述案例的时候我们尽量介绍美国相关的法律制度、术语、观念和哲学，但重点却是想通过案例本身来帮助读者了解美国宪政法治的本质和内容，因此，我们并不想（实际上也没有这个能力）对美国最高法院和美国的宪政法治作国内一些学者常常追求的“全面、系统和科学的评价”。

我们所选的案例大都是美国宪政史上的“大案要案”，它们或是对立法部门的立法或曰 statute law（制成法，也译制定法）的否决，或是对宪法条款的重新解释，或是对法院以前判例的推翻。最高法院的这些判决对美国的法律乃至政治和社会生活带来了巨大甚至是革命性的变化。但是，需要特别说明的是，这些“史无前例”的判例并不是美国宪政法治的常态，更不是全部，甚至不是主流。实际上，在 200 多年

的美国宪政历程中，被联邦最高法院判决违宪的法律一共只有 135 项，平均每年一项都不到。

一般而言，美国最高法院日常判决的基本特点是因循守旧和墨守成规。因此，最高法院著名大法官 Flex Frankfurter 曾经这样讲过：“我冒昧地建议，对那些极具创见的灵魂，法官席不是一个合适的地方。”在他看来，法官肩负着民众的信任，他必须意识到“转换观念暗含着与过去太大的决裂，暗含着太多的断裂，因此不能强加于社会”。原因很简单，宪政法治关注的是整个国家相对长期的稳定和秩序，如果法律朝令夕改，就无法形成作为制度的法治，也很难使民众形成尊重法律的习惯。

美国法律这种既与时俱进同时又因循守旧的特点，与它深受英国 common law（普通法，又译习惯法或常法）传统影响有关。所谓 common law，是指历史上法官根据习惯和惯例所进行的司法判决中逐步形成的为各方所接受的法律，其基本形式是

case law（判例法），即由法官而不是立法部门making law（立法）。而且，在相当程度上，判例法是在法官与控辩双方律师的互动中形成的，因此也可以说是法官和律师共同立法。Common law 的基本原则是“stare decisis”（原文为拉丁文，意为“让判决持续有效”），即法官断案时一般必须遵从以前同类案件中法官判决所确立的原则。虽然它最大的好处是维护了法律的权威和秩序的稳定，但其弱点也是明显的：它对社会新变化反应迟缓。也正因为“因循守旧”是它的常态，“遵从先例”是它的原则，那些改变甚至否定先例同时又创造新的先例的大案要案就显得格外引人注目。

在案例的选择上，我们首先注意它们在美国历史上的重要性，其次是对中国读者的兴趣，最后是作者自己是否有能力把握这些案件。所有的案例按发生的时间顺序排列，大体上集中在三个领域：美国独特的纵向（联邦和州）和横向（联邦政府的三权分立）分

权制度，宪政法治与美国社会经济秩序，宪政法治和公众自由与公民权利的保护。为了方便读者，我们另外编写了一个专题目录。书中一些案例故事的部份内容曾经在国内的《南风窗》、《读书》、《世界知识》、《南京大学法学评论》、《美国大观》、《看世界》以及海外的《世界周刊》等刊物上发表过，但收入本书时都作了大小不一的修订和改动。

长期以来，人们通常把图书分为通俗读物和学术著作，认为通俗读物是给大众看的，而学术著作通常是给专家看的。但本书试图打破这一分野，力图在这两者之间保持平衡，熔学术著作的准确性和通俗读物的可读性于一体，首先保证它的准确性和科学性，其次才突出它的可读性和故事性。因此，本书虽然是以法律工作者、大学生和所有关心宪政和法治的普通读者为对象，但也可以作为专业学者研究时的一个参考。书后附有写作本书过程所依据和参考过的有关美国宪法和联邦最高法院的书目，并对每本书加了若干介

绍性评语，有兴趣的读者可以参考。

虽然我本人对所有稿件都作了大小不一的修改，但由于各个案例的撰稿人不同，所依据材料的性质、质量和数量也不一致，因此写作风格和内容侧重难免有所差异。更为重要的是，这样的写作形式对作者也是一种新的尝试和挑战，失误在所难免，欢迎读者批评指正。作为主要撰稿者和编者，我将对所有的问题承担责任。

第一章

保守的美国革命产生了长寿的联邦宪法

五百多年前，意大利航海家哥伦布航行到了美洲，此后，欧洲殖民主义者便像嗜血的鲨鱼一样瓜分了这片肥沃的土地。到 17 世纪中期，南美和中美洲已成为西班牙和葡萄牙的天下，成为后来的拉丁美洲。北美洲的东海岸主要是英国人和法国人的地盘。英法两国为了争夺北美及世界霸权打了一场七年战争（1756－1763），结果法国败北，英国获得了加拿大和阿勒根尼山脉以西直到密西西比河（Mississippi）的大片土地，成为了北美的霸主。

在战争期间，北美英属 13 个殖民地也积极参战，以便获得更多的土地，并消灭反抗的印地安人部落。但战争胜利后，英国人却不允许殖民地人民向西移民

染指新占领的土地。不仅如此，英国人还通过征税和缉私，要殖民地居民来承担战争的费用和英国在北美驻军的开销。这大大得罪了殖民地民众，特别是有钱的人。当时南方的殖民地是奴隶制种植园经济，种植园主要靠向西部的土地扩张来扩大生产，而东北部（通称新英格兰）靠航海及相关的工商业为生，与加勒比海地区的走私贩私是最赚钱的买卖。英国的现行政策却是要断绝他们的生财之道，他们岂有不反之理？

不过，与大部份殖民地的造反不同，北美殖民地的革命是由有钱有势的富人领头起事的。他们非常狡猾，知道如何用最低的成本来获得最大的利益，知道如何获得民众最广泛的支持和同情。他们利用英国普通法的传统，强调“无（议会）代表不纳税”的原则，高喊“不自由毋宁死”的口号，让世人感觉到他们是为英国人应该享有的权利来反对英国政府。

在用和平请愿的方式无效的情况下，1776 年 7

月 4 日，北美 13 个殖民地发表了脱离英国的《独立宣言》，它所提出的“人人生而平等”的口号让无数当时和后来的人激动不已。不过，这里的“人人”实际上仅仅是指男性白人。还有一点不能不提的是，在这个历史性文件上签名的 56 位大陆会议的代表中 25 人是律师，因此，称美国革命是律师领导的革命实在是恰如其份。其余的签字者也都是商人、医生和农场主等有产阶级。

应当指出的是，美国革命和 1789 年法国大革命有一个共同点，即都公开声称追求自由、民主和平等。但是，这两场革命之间实际上有很大差别。激进的法国大革命以暴力推翻旧制度和旧秩序，在民主和民意的旗号下，雅各宾派革命政府掌握了不受约束的巨大权力，以民主之名行专制之实，不仅王公贵族人头落地，而且众多革命者也先后成为昔日战友的刀下鬼，结果，自由平等的理想国转眼竟然成为血流成河的屠场。相比之下，保守的美国革命却努力维持现有的秩

序和规矩，在宪政法治的制度框架中建立起虽不够民主但却能保障富人和有产阶级基本权利和自由的共和制民选政府。

经过 6 年的苦战，而且还是在法国和西班牙等欧洲国家的帮助下，北美殖民地才勉强赢得了战争的胜利，迫使英国承认 13 个殖民地独立。可是，独立后的日子并不好过，它们失去了原来在英帝国内进行贸易的好处，还要偿还战争中欠下的内债和外债。更糟糕的是，独立后的 13 个殖民地各自为政，各有宪法，在政治上互不相让，在经济上相互拆台。这也难怪，这 13 个独立邦只是为了反对共同的敌人英国才成立了一个基于《邦联条例》的联盟（邦联），并不是一个统一的国家，也没有完整的中央政府。

政治的不统一，经济的凋敝，财政的混乱，导致了社会的动荡和民众的不满，富人和有产阶级的利益再次受到威胁。作为独立战争的领导人，各邦的政治精英心急如焚，1787 年 5 月，他们赶忙召集了一次

由各界精英参加的政治会议，打算商讨对策，修改不合时宜的《邦联条例》。谁料想，会议代表违反授权，擅自主张，把修改《邦联条例》的会议变成了制定新宪法的大会。他们之所以敢这么做，固然是形势逼人、时不我待，也是因为参加会议的 55 位代表均非等闲之辈，都是闻名遐迩的种植园主、商人、银行家或律师。法国贵族学者托克维尔称赞他们“是新大陆当时最精明、最高尚的人物。”（托克维尔著、董国良译：《论美国的民主》上卷，商务印书馆，1991，126 页。托克维尔的评价显然过高，实际上这些人精明有余，高尚不足，积极推动他们制宪的一个主要动机是保护他们自己的经济利益。在《美国宪法的经济解释》[商务印书馆，1988]中美国史学大家比尔德以确凿的证据指出了这一点。)会议代表的一个突出的特点是，既没有下层工农兵群众，也排斥了思想激进的小资产阶级和脱离实际、好高骛远的学者型知识分子。制宪代表当中有三分之二的人从事法律业务，其中 14 人

担任过各邦的法官。

这些有钱有闲又有法律专长的人开了将近 4 个月的会（5 月 25 - 9 月 17 日），不停地争吵妥协，最终搞出一部延续至今的美国宪法。不能不承认，就宪法的质量而言，它印证了慢工出细活的老话。

虽然制宪会议的代表中没有学富五车的学者，但却不乏经验丰富的政治家，如华盛顿（George Washington）、富兰克林（Benjamin Franklin），和精通罗马法与英国普通法传统的律师，如汉密尔顿（Alexander Hamilton）和麦迪逊（James Madison）。正如一位会议代表明确宣称的那样："经验无疑是我们的唯一指南，而推理会把我们引向歧途。"代表们丰富的政治经验防止了会议的破裂，而精明的律师技巧又使妥协成为可能。美国的宪法之父并无高深的政治理论，但他们却对英王专制给殖民地带来的祸害有痛切的体验，对当时欧洲思想界最先进、最杰出的政治哲学理论了如指掌，于是，他们从英国

政治学家洛克（John Locke）那里借鉴了“有限政府”的观念，从法国法学家 Charles Louis de Secondat Moutedquieu 那里搬来“三权分立”的武器，并且将这些理论创造性地与北美殖民地的具体实际相结合。一位在美国从事法律业务的华人学者为此感慨万千：这些代表“既能涵容政治哲学理论的精髓，又能深解人性和民情，不好高骛远，以奠定国政之基。那样的历史时刻，真是罕见。”

美国开国元勋据此制定出的宪法，其根本点就是政府的权力必须受到制约和平衡。那么，美国的宪法是如何实现制约和平衡（制衡）原则的呢？

首先，是地方（州）和中央（联邦）的制衡。美国的建国史是先有各州，后有联邦，宪法就不得不尊重各州已有的权力。除宪法明确授予联邦政府的权力（如外交权、宣战权、管理州际贸易和对外贸易权、货币发行权等权力）和明确禁止各州拥有的权力（如外交、铸币等权力）外，其余权力皆由各州保留。

其次，是联邦政府立法（国会）、行政或执法（总统）和司法（联邦法院）的制衡。国会制订和通过法律，但需要总统签署才有效；总统可以否决国会立法，国会则能够以三分之二多数推翻总统的否决。而且，国会还可以对民选的总统和终身任职的联邦法官提出弹劾。总统是最高的执法官员，又是国家元首和军队总司令，他可以对外订立条约，任命重要外交官员和联邦法院法官，但都需要国会参议院批准；他可以动用军队，但却无权对外宣战。相比之下，联邦法院的权力最不足道，它既不像国会那样掌握着钱袋子，也不像总统那样紧握着枪杆子，它唯一的优势是法官一旦任命便终身任职。不过，虽然宪法没有明确赋予法院解释宪法的权力，但在美国以后的法治实践中最高法院为自己争取到了这个权力，从而使自己拥有一个最重要的制衡国会和总统的杀手锏——不过，这是后话。

最后，是各地区和社会利益集团的制衡。当时美

国既有维吉尼亚（Virginia）这样的人口超过 42 万的大州，也有德拉华（Delaware）这样人口不到 4 万的小州，既有南卡罗林那（South Caroline）这样的南方蓄奴州，也有 Pennsylvania 这样的北方自由州，它们在政治和经济上利益大为不同。国会议员的议席如何分配着实让宪法之父伤透了脑筋。于是，就有了国会的众议院议席按人口的多寡成比例分配，由此来满足大州的要求，而参议院则不论大州小州一律只有两个议席，这样小州也皆大欢喜。但南方奴隶的人口是否作为人口统计的基数？最后的妥协是奴隶人口算作为正式人口的五分之三，但南方州也要按这个比例交联邦税。

制宪会议制定宪法不易，而要各州的专门代表大会批准这个宪法更难。按规定至少要有四分之三的州批准宪法才能生效。北美民众对英国的暴政记忆犹新，对建立一个中央政府充满忧虑，尽管这个即将成立的共和国比当时世界上所有的政府都要弱小。为了说服

民众接受宪法，成立联邦政府，以汉密尔顿和麦迪逊为首的支持宪法者形成了联邦党人阵营，他们两个和另一位律师 John Jay 在报纸上匿名发表了为宪法辩护、强调建立联邦政府重要性的通俗文章，产生了巨大的影响——这些文章后来结集为《联邦党人文集》（the Federalists），它不仅成为解释美国宪法的权威之作，而且成为政治哲学理论领域中不朽的经典名著。反对联邦宪法的人称为反联邦党人，他们抨击宪法缺乏保护基本公民自由和权利的条款，以后民众有冤无“法”申。不得已，联邦党人同意宪法批准后立即进行修订，加入保护公众自由的内容——这就是后来宪法的最初十条修正案，也叫《权利法案》(bill of rights)。这样，1788 年夏，维吉尼亚和纽约两个大州才勉强批准了宪法，在原则上宪法开始生效。

1789 年 4 月美国第一届国会召开，其最重要的一项工作便是在 9 月通过了《权利法案》。两年后的 1791 年 12 月，经四分之三州批准，《权利法案》成

为了宪法最初的十条修正案。《权利法案》开了美国修宪的先河，但这次修宪没有多少代表性，因为这十项修正案能够快速且“批量”通过，完全是因为反联邦党人采取“挟修正案以令宪法”的手段，以不修宪就不批准宪法进而不参加联邦相要挟。实际上，美国的修宪程序非常复杂，修宪成功的可能性微乎其微。在此后美国 200 多年宪政史上，国会提出和讨论的修宪法案成千上万，但是，经参众两院三分之二多数通过、正式颁行的宪法修正案一共只有 21 条，其中只有 17 条被四分之三的州在规定期限内批准最终成为宪法的一部份。

在国会通过和各州批准之间究竟可以有多长时间，美国宪法并无明文规定。在美国宪政史上，国会没有为 1789 至 1912 年间通过的最初 17 条宪法修正案规定任何批准期限，但这些修正案得到四分之三的州批准的最长期限是七年。据此，1917 年，国会在提出第 18 修正案时规定：本条除非在国会将其提

交各州之日起七年之内由各州议会按宪法规定批准为宪法修正案，不得发生效力。从此之后，七年的批准期限得到承认。如果在规定期限内未能得到四分之三州批准，该修正案便自动消失。

对七年期限的规定有人也提出了挑战。1939 年，在 Coleman v. Miller 案中，最高法院裁决：为宪法修正案规定批准期限属于“政治问题”，批准期限到底多长才合理应由国会而非最高法院决定。1979 年为了能够通过 ERA（男女平权修正案，equal right amendment），国会将宪法修正案的批准期限延长为十年，但是，此修正案仍然未能在规定期限内得到四分之三州批准。相比之下，批准涉及 18 岁公民选举权的第 26 条修正案花费时间最短 ,只用了 3 个月；批准第 27 条修正案（涉及国会议员薪水增减）则花了整整 203 年。(1992 年批准的第 27 条修正案最初在 1789 年提出，所以不受 1917 年规定的七年期限和 1979 年规定的十年期限的限制。)

1789 年 4 月 30 日，美国第一任总统华盛顿（Washington）在纽约宣誓就职，至此，美利坚合众国政府才算正式建立。这时，距美国宣布独立已有整整 13 个年头。

作为一项了不起的试验，美国这样一个总统兼联邦制的共和国能否生存并壮大起来，没有人敢拍胸脯打保票。毕竟，在当时君主制一统天下的历史背景下，美国的政府形式显得那样与众不同、格格不入。欧洲列强，特别是原来的宗主国英帝国，都等着看美国人“四不像”宪政体制的笑话呢！

应当承认，在美国这种试验性的宪政体制中，毛病显得特别突出：如果总统强，国会弱，总统必然会独裁专制；如果国会强，总统弱，总统会成为傀儡，出现君无权威、群龙无首的混乱局面；如果联邦强，各州弱，就会造成中央政府集权，联邦制如同虚设；如果各州强，联邦弱，则很容易出现分裂和内战。显然，如何在草创的宪政体制下维持这些繁杂微妙的权

力制衡关系，需要极为高超的政治技巧。

虽然美利坚合众国的前景并不明朗，但是，为各州接受并通过的美国宪法却为它的成功奠定了结实的基石。但是，如果以过度赞赏的口吻把美国宪法誉为“上帝作坊”的“神来之笔”则未免有些夸张。相比之下，学者出身的伍德罗。威尔逊（Woodrow Wilson）总统的评论颇为公允。他在从政前曾写过一本《国会政府？》（congressional government），他在书中指出 :“毫无疑问 ,我们的宪法之所以恒久，就在于它简洁。它是一块奠基石，而不是一座完整的大厦。或者用句老话比喻 :它是根 ,而不是完美的藤。”我们将会看到 ,美国宪法之所以不朽固然与制宪者的远见卓识有关，但与后来执行、运用宪法的行政、立法部门以及解释宪法的司法部门对它的尊重、呵护和创造性发挥关系更为密切。甚至可以这样说，最高法院对宪法的维护、捍卫和阐释保证了美利坚合众国大厦的稳定和牢固。历史经验证明，宪法的重要性在于

民众对它的信任，而民众的信任完全建立在宪法能否约束官府、约束代表民意多数的议会以及维护民众的个人自由和基本权利。汉密尔顿（Alexander Hamilton）曾经说过："人民对于写在羊皮纸上的文字的力量给予了一种信任，认为它能够促使政府步入正轨，如果要给这种信任起名字的话，它就叫做宪政主义。"

显然，从宪法到宪政需要有一定的制度保证。在美国，这个制度保证就是独立且有权威的联邦最高法院。从今天美国的各种民意测验可以得知，尽管二战后美国总统的权力越来越大，甚至有了"帝王总统"（imperial presidency）之说，但其权威（authority）却每况愈下。相比之下，最高法院得到人们的信任程度却总是高于行政和立法部门，其较高的权威恰恰来自其较少的权力，因为人们不太担心非民选的大法官会损害他们的个人权利。

今天的世界上几乎每一个国家都有宪法，但是，

又有多少国家实行了宪政和法治呢？没有宪政的宪法实际上只是统治者装饰自己文治武功的花瓶。在人类历史上，曾经有过很多比美国宪法不知美妙多少倍、甚至可谓是尽善尽美的宪法，但却都沦为明日黄花，它们试图构造的人间天堂尤如过眼烟云，好则成为后人的笑柄，恶则成为百姓的炼狱。

第二章

美国宪政法治的捍卫者：最高法院的九尊护法神

虽然美国是三权分立的国家，但三权的份量却不平衡。从目前的发展趋势来看，行政权大有盖过立法和司法两权的架式，特别是国家处于某种紧张和危险状态时。美国现在就有人认为，“911 事件”后美国总统乔治。W.布什（George W.Bush）在加强国内治安和对外用兵方面的权力甚至超过了第二次世界大战期间的总统富兰克林。罗斯福（Franklin D.Roosevelt）。不过话又说回来，布什总统这一权力也是国会通过法律授予的，完全是一个愿打一个愿挨的关系。

相对来说，三权之中的司法权似乎最弱。中国人参观访问美国首都华盛顿（Washington），白宫和

国会山是必到之站，但是，国会山旁边的联邦最高法院却很少有人留足。这也难怪，即使在美国一般人的眼睛也都是盯着总统和国会。总统和国会议员是政治明星，不停地在媒体曝光，千方百计讨好选民。相比之下，最高法院的大法官们个个保持低调，与媒体格格不入。联邦法院重大案子的审理也不允许媒体拍照、录音，更甭说电视实况转播了（自 1955 年以来，最高法院就有自己的录音系统进行现场录音，但所录磁带存放在美国国家档案馆，一直不对公众开放。经过著名学者兼民权律师埃朗斯（PeterIrons）的斗争，这些录音带才在 1990 年代初对公众开放。据此，埃朗斯编辑了数本有关最高法院辩论公众自由的案件的书，题为《能否有请法院》[may it please the court]），老百姓只好通过专业画家的现场素描来管窥法庭的情景，因为法官们就怕媒体的干扰影响他们的中立立场和独立的判断力。据说，著名的霍马斯（Oliver Wendell Holmes）大法官从不看报，为的

就是免受舆论的误导。

最高法院大法官最引人注目的时候只是在国会举行任命他们的听政会时。被总统提名的大法官人选往往要面对议员们尖酸刁刻的提问，应付新闻界鸡蛋挑骨头般的追根刨底，有时会被搞得灰头土脸，十分难堪。现任大法官中有一位叫托马斯（Clarence Thomas）的黑人大法官，他在1991年被乔治。布什提名为最高法院大法官时受到原来的一位女助手性骚扰的指控，闹得满城风雨，差一点没有过参议院批准这个关。他气愤地说："这是高技术时代的私刑谋杀！"他的运气算是好的，还有一些候选人大法官没当上，还惹了一身腥。

尽管就任大法官面临着家底和个人私生活被翻个底朝天的危险，但出任大法官是美国无数法律界专业人士梦寐以求的理想，它所享有的崇高荣耀是其他任何公职所不及的。在美国历次民意测验中，法官的可信度和受尊敬程度几乎总是高踞榜首，远在总统和

国会议员之上。

法官之所以受人尊重，很大程度上是他们一般不受变化无常的政治和情绪冲动的舆论的影响。美国的宪法保证他们一朝为官便可终身任职，决不会再为五斗米折腰。他们既可以不买总统（包括任命他的总统）的帐，也可以不听新闻界的“邪”，更没有义务去倾听选民的嚷嚷。

法官不仅受人尊敬，而且还有极大的权威。托克维尔曾经感慨道：“其他任何国家都从来没有创制出如此强大的司法权。”其中，最使行政和立法部门头痛的是它的司法审查权，即它对宪法拥有最终的解释权，这就可以使它能够裁定包括国会在内的各级立法部门通过的法律、包括总统在内各级行政当局的政策行为是否合乎美国宪法的条文和要义，有权判定违宪的法律和政策无效。

有意思的是，最高法院这一至高无上的权力在宪法的条文中根本就找不到，它是联邦最高法院第 4 位

首席大法官约翰。马歇尔（John Marshall）在 19 世纪初根据宪法的精神，在著名的诉麦迪逊（Marbury v.Madison）案中自己给自己争来的。美国宪法正文七条，也就六七千字的样子，加上 27 项修正案，一共不过万把字，但条文虽少，含义丰富，这就为大法官们解释宪法提供了广阔的空间，以便他们寻找其中的微言大义。由于长期生活在一个法治的环境中，一般美国人养成了一种近乎于神圣的宪法信仰，把宪法看作是世俗生活的上帝、一部政治的圣经，最高法院的 9 位大法官自然也就成为了它的守护神、它的终极阐释者。不过，对于大法官的终极权威，大法官们的认识还是相当清醒的。罗伯特。H.杰克逊（Robert H.Jackson）大法官有句名言道出了问题的实质："我们不是因为没有错误而成为终极权威，我们只是因为终极权威而没有错误。"（"We are not final because we are infallible but we are infallible only because we are final."）

对最高法院的作用，法国贵族托克维尔有精彩的评论。19 世纪 30 年代初，他用 9 个月的时间考察了美国的政治民情，撰写了政治学的传世名著《论美国的民主》。他写到："联邦的安定、繁荣和生存本身全系于七位联邦法官之手，没有他们，宪法只是一纸空文。行政权依靠他们去抵制立法机构的侵犯，而立法机构则依靠他们使自己不受行政权的进攻。联邦依靠他们使各州服从，而各州则依靠他们抵制联邦的过份要求。公共利益依靠他们去抵制私人利益，而私人利益则依靠他们去抵制公共利益。保守派依靠他们去抵制民主派的放纵，民主派则依靠他们去抵制保守派的顽固。他们的权力是巨大的，但这是受到舆论支持的权力。只要人民同意服从法律，他们就力大无穷；而如果人民忽视法律，他们就无能为力。"

大法官能够作到如托克维尔所描述的秉公执法，相当程度是因为他们终身任职，俸禄优厚，无后顾之忧。但终身制有时也会带来副作用。大法官一般不病

不残是不会退休的，这样一来，他们往往是七老八十的主儿，思想难免保守，跟不上形势。

20 世纪 30 年代美国遇到了前所未有的经济大萧条，市场机制失灵，资本主义摇摇欲坠。一看这情形，新当选的民主党总统富兰克林。罗斯福（Franklin D.Roosevelt）抛弃了政府作为市场经济守夜人的角色，锐意改革，推动国会通过众多政府调控经济的立法，号称“新政”，开了美国政府干预国民经济的先河。资本家们不服，告到最高法院，大法官们以政府干预损害私人权益为由宣布主要的新政立法违宪无效，致使新政改革危在旦夕。一气之下，富兰克林在 1936 年向国会提出改组最高法院的计划，采取掺沙子的办法想让国会通过法律，把最高法院的法官人数从 9 人增加到 15 人。当时他愤愤不平地对助手讲：决不能让千百万人的命运控制在“九个老家伙手中”．（引自王希著《原则与妥协 :美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社 2000 年出版，439 页。“the nigh

old men”[九个老家伙或曰九老]的提法出自当时由两位新闻记者写的一本介绍和评析最高法院大法官立场观点的时政书。）尽管富兰克林此时在民众中的威望如日中天，但国会在这个涉及美国三权分立政体的根本问题上还是不敢轻举妄动接受和批准富兰克林的改组建议。不过，在富兰克林改组最高法院方案的威胁下，一些老法官知趣地退休，空出位置来，让富兰克林提名的法官来接任，避免了一场宪法危机。

1937-1939 年间，由于老法官退休和辞职，富兰克林愣是获得了 7 次机会任命自己的人担任大法官。其中一位大法官叫威廉。道格拉斯（William O.Douglas），年仅 41 岁，和富兰克林一样是小儿麻痹症患者，但后遗症较轻。他在大法官的位置一呆就是 36 年零 7 个月，创美国历史上大法官任期之最。此公出身贫寒，对弱者充满同情，在一些民权案子中永远是站在弱者的一边。不过，他贪财好色的人品常为人诟病。66 岁时他第 4 次结婚，新娘子才 22 岁，

气得国会内的卫道士要弹劾他。1966 年，《洛杉矶时报》（Los Angeles Times）揭露威廉违法在一家基金会兼职，年薪 12000 美元，累计所得近 10 万美元，而这家基金会又在赌城拉斯维加斯（Las Vegas）投资赌场。这还了得！国会内的保守派议员听说后如获至宝，在国会再次提出弹劾他的议案。无奈，当时国会两院是民主党的天下，在他辞掉兼职后国会便放了他一马。1975 年威廉突然中风，无法上班，理应退休，但是当时的总统正好是当年积极主张弹劾他的众议院共和党（少数党）领袖福特（Gerald Ford，是美国历史上唯一一位没有经过民选的美国总统。他成为总统完全是个偶然。1973 年 12 月，由总统尼克松[Nixon]提名、经国会两院批准，福特就任副总统，接替因逃税和受贿而辞职的副总统阿格纽（Spiro Agnew）。次年 9 月，他接替因水门事件而辞职的尼克松总统，成为美国第 38 任总统），为了不让福特总统有机会任命一个保守派法官接替他的位置，更是报

当年的一箭之仇，威廉坐着轮椅、带着尿袋出庭，硬撑十个月，最后还是前功尽弃，在同事和舆论的压力下不得不提出辞职。

可见，最高法院法官虽然标榜政治中立，但由谁来任命法官却完全是一个高度政治化的问题。因此，总统在提名新法官人选时都非常小心，颇费周折，既要选择那些与自己政治观点一致、社会哲学相似的人士，又必须能够为国会（有时是对立党派控制的国会）所批准。具体说来，影响总统提名的主要有以下五个因素：（1）职业上的客观表现（包括其司法经验）；（2）政治上的可接受性；（3）思想观念上的合适性；（4）个人魅力；（5）地域的、宗教的、种族的、性别的和其他社会政治背景。

总统选法官也有走眼的时候。50 年代共和党总统德怀特。艾森豪威尔（Dwight D.Eisenhower）当政，他提名加利福尼亚（California）前州长、共和党人厄尔。沃伦（Earl Warren）为首席大法官。谁

也没有想到，这个在二战期间积极地执行富兰克林总统的命令把加利福尼亚 10 多万日本侨民和日裔美国人送到集中营的政客，50、60 年代却成为倡导少数族裔美国人的民权和刑事被告权利的急先锋。艾森豪威尔为此后悔不已，自责说任命沃伦“是我平生最蠢的错误”。尽管艾森豪威尔对沃伦法院的有关判决一百个不满意，但仍不得不依法行事，保证法院废除种族隔离、黑白分校决定的执行，维护法治的权威。为此，在 1957 年 9 月，当堪萨斯（Arkansas）州州长福布斯（Orval Faubus）运用州国民警卫队封锁小石城中央中学阻止 9 位黑人学生合法入学时，艾森豪威尔不惜运用美军著名的 101 空降师护送这 9 位黑人学生到这所白人中学读书。值得庆幸的是，州国民警卫队及时撤出，否则，酿成武装冲突也说不准。

艾森豪威尔的后悔反映了法官思想倾向的重要性。总的说来，美国最高法院大法官保守的居多，往往把美国宪法和联邦法律看作是一纸禁令，而不是促

进社会改良和进步的工具。这一司法保守主义观念在19 世纪后期和 20 世纪早期发展到了登峰造极的程度。在描述这一时期的司法判决时，一位美国著名历史学家颇为生动地写道："政治战场上到处是被司法之剑砍倒的社会福利法的尸体"。

但是，物极必反，在司法保守主义处于巅峰的同时，最高法院中也出现了司法开明主义的微弱声音。有"伟大的异议者"美誉的大法官霍马斯（Oliver Wendell Holmes）就是它的代表。他的一句名言是："法律的生命从来不是逻辑，而是经验。"在他看来，最高法院应该与时俱进，认可立法部门灵活制定法律的权力，承认为适应时代要求而产生的新法律和新政策，维护弱势社会集团的利益，保证社会公正。这一观念充分地体现沃伦法院在 1950-60 年代作出的一系列有影响的判决。

第三章

美国宪法的英国普通法渊源

200 余年来，人们常常感叹美国宪法的神奇：如此简短而又简洁（只有六七千字）的宪法，经过法律家特别是最高法院大法官的演绎和诠释，居然会有如此丰富的内容，历时 210 多年而依然鲜活如初、充满活力。要知道，这 200 多年，从地理上讲，美国从大西洋沿岸的一个狭长地带的 13 州扩张到从大西洋到太平洋横跨北美大陆的世界第 4 大国；从人口上讲，从人种相对单一（白人加上数量不多的黑人和没有统计在内的印地安人）的 360 万增加到今天几乎包含世界所有种族和族裔的 2.8142 亿；就社会性质而言，从一个农耕社会发展为以信息业和服务业为主的后工业社会；就国际地位来说，从一个不起眼的新

生共和国，愣是成长为世界上独一无二的超级大国。一句话，过去的 210 多年中，美国国内面貌、社会结构、人口构成和国际地位发生了翻天覆地的变化。面对如此巨大的转变，又老又旧的美国宪法居然能够基本上在维持原貌的框架内，以不变应万变的姿态从容应对，游刃有余，这不能不说是人类政治史上一个奇迹。

必须承认，美国的成长史是近代以来人类社会最了不起的发展之一。为此，无数的学者试图从不同的方面（地理的、人口的、资源的、经济的、政治的、国际环境等诸方面）探索美国成长的奥秘。但宪政学者却认为，美国的宪法及不断发展完善的宪政实乃一切发展的基础，而且，美国宪法作为世界上第一部成文宪法，是美国贡献给现代世界政治的最大制度创新。

对此，美国人颇为自得。美国著名法学家、纽约大学讲座教授伯纳德。施瓦茨（Bernard Schwartz）曾经指出："美国对人类进步所作的真正贡献不在于

它在技术、经济或文化方面的成就，而在于发展了这样的思想：法律是制约权力的手段。”他甚至不无偏见地声称：“在其他国家，权力之争由武装部队来解决；在美国，权力之争由法律家组成的大军来解决。”（伯纳德。施瓦茨著、王军等译：《美国法律史》，北京：中国政法大学出版社，1997，第 2 页。）显然，施瓦茨断言的前一部份过于武断（施瓦茨教授似乎把南北战争忘得一干二净了），后一部份大体正确。2000 年美国总统大选难题的司法解决，无疑再次证明了这一点。

无独有偶，《纽约时报》（New York Times）著名评论家汤姆斯。弗雷德曼（Thomas Friedman）对大选案的评论与施瓦茨的看法惊人一致。在他看来，美国成功的秘密不在于华尔街（Wall Street），也不在于硅谷，不在于空军，也不在于海军，不在于言论自由，也不在于自由市场——秘密在于长盛不衰的法治及其背后的制度。美国强大的真正力量在于“我们

所继承的良好的法律与制度体系。有人说，这是一种由天才们设计并可由蠢才们运作的体系”。

没有人想否认这一让美国人倍感自豪的宪政制度是美国人的独特贡献。但是，细究起来，在精神和思想上美国宪政制度却深深地根植于西方特别是英国的法治传统。

在《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》中，中国留美学者王希教授令人信服地论证了美国宪法产生的制度背景：独立前，英国北美殖民地的治理都以法律上的契约关系为基础，并建立了内部的自治体制；独立后，各邦都制订了宪法。在争取和维护这一自治体制中，早期殖民者看重和强调的就是两条：1、他们赋予以特许状形式表现出来的成文法以“几近神圣的地位”；2、他们把统治者与被统治者的关系理解为一种相互承诺的契约关系。

但接下来的问题便是，这些殖民者何以有这样的一种理解和见解呢？或者通俗地说，何以会有这么高

的政策和法律水平呢？显然，一个制度的形成既需要社会的现实需求和环境条件，同样也需要政治文化和法律思想的滋养。王著对前者着墨较多，对后者虽然谈到洛克政治哲学的影响，但对英国普通法的传统却语焉不详——很自然，作为历史学家一般都关注前者。但是，作为法律学者却会较多地关注后者。因此，美国著名宪法学者爱德华。考文（Edward Corwin）的旧作《美国宪法的“高级法”背景》提供了一个非常好的解释。

虽然用一位美国建国之父的话说，美国宪法“是一个反抗的民族在迫切需要的困境中给逼出来的”，但是，为什么逼出了这样一个确定共和制和联邦制的宪法，而不是其他的东西，如君主立宪之类的解决办法呢？考文的解释是：美国的宪法和宪政来源于自亚里士多德以来西方文明中自然法的观念，来源于英国悠久的普通法传统。

亚里士多德在其《伦理学》中提出了“自然正义”

的观念，认为在政治正义中既有自然的正义，也有法律的正义。前者与后者不同，它不是国家设计出来的，而是从自然中发现的，具有永恒性、普世性和至高性。他的思想到罗马伟大的法律家西塞罗（Cicero）那里就变成与理性融为一体的自然法的观念："真正的法律乃是正确的理性，它与自然和谐一致，它散播至所有的人，且恒古不变、万世长存。它以其命令召唤人们履行义务，以其禁令约束人们为非作歹。……（这种法律）是一种永恒不变的法，无论何时何地它都有效。"

甚至在通常认为是黑暗时代的欧洲中世纪，自然法的思想仍然顽强地生存下来，且有所发展。考文认为，如果说古典的自然法观"融入更审慎的、人类权威的法令之中而施以其主要好处，而中世纪的自然法观则是另外一种，即自然法从外部制约和限制权威"。

不过，在中世纪的欧洲大陆，这样的自然法还仅仅停留在观念层面，而在隔海相望的英国不仅有观念，

而且还发展出一套制度，这就是它的普通法（common law）。

13世纪中期，英王亨利三世（Henry III）时代有位了不起的大法官叫布雷克顿（Henry de Bracton）。在其终生都未完成的巨著《英格兰的制成法和普通法》（The Statute and Common Law of England）中，布雷克顿明确提出了“国王本人不应该受制于任何人，但他却应受制于上帝和法律，因为法律造就了国王。因此，就让国王将法律赐予他的东西——统治和权力——再归还给法律，因为在由意志而不是由法律行使统治的地方没有国王”。他的“国王在万人之上，但却在上帝和法律之下”的名言更是广为传颂。布雷克顿甚至提出了约束国王的具体办法：“如果国王没有约束，就是说如果没有法律约束，那么法官和男爵们就应当给国王施以约束”。1215年英王约翰与他的男爵们所签署的《大宪章》无疑是这一观念的具体化。在随后的一个多世纪里，《大宪章》

不仅像普通法那样可以作为诉讼的依据，而且拥有了“高级法”的特征：任何制成法如与《大宪章》相悖，则“必然是无效的”。于是，不承认君主的意志具有法律效力的观念变成一项英国普通法的准则。而且，君主也无权改变法律，更不能未经民众的同意便剥夺属于民众的东西。这样，法治的传统而非人治的选择在英国初露端倪。

但是《大宪章》的影响在都铎王朝（1457－1603）时期明显削弱。这一时期，英国国王巧妙地把中世纪的英国议会从对付王权的基地改造为对自己有利的工具。17 世纪初，因为没有继承人，都铎王朝寿终正寝，给《大宪章》的支持者以新的机会。趁着第一个斯图亚特王朝（1603－1649）权力未稳之际，《大宪章》的支持者对王权进行了反击，其中最出色的代表便是爱德华。柯克爵士（Sir Edward Coke）。

柯克爵士是英国宪政史上最出色的法官和法学家。他毕业于剑桥大学，1578 年成为律师，11 年后

成为议员，1592 年担任皇家的副检察长（solicitor general），1606 年成为高等民事法院院长（chief justice of the Court of Common Pleas）。尽管英王一再委以他王座法院大法官（chief justice of theKing' Bench）和枢密院成员（the Privy Council）的重任，但丝毫改变不了他用普通法约束王权的政治理想。1620 年代，柯克参与起草了《权利请愿书》，使之成为英国不成文宪法的一部份。

此外，柯克还是位勤于著述的法学家。他把自己当大法官时审理的案件编为法院《报告》（Reports）逐年发表。他生前和和死后出版的四卷《英格兰法总论》（Institutes of the Laws of England）奠定了他作为英国法集大成者的地位。

政治上，柯克继承并发展了布雷克顿的法治思想。在限制王权的问题上他进一步明确提出："除了法律与国家认可的特权外，国王没有特权。"而且，国王自己不能解释这种特权，只有法官才是权威的解释者。

在《大宪章》的性质问题上，他认为《大宪章》之“大”“不是由于它的篇幅，而是由于它所包含的内容至关重要且崇高伟大，简而言之，它是整个王国所有的基本法律的源泉”。他重申，任何与它相悖的判决和法规“皆为无效”。（考文前引书第 55 页。柯克甚至还大胆地提出：“如果议会的行为背离基本人权和理性，那么普通法应对这一行为进行监督控制，并宣告它无效。”见庞德（Roscoe Pound）著、唐前宏等译：《普通法的精神》，北京法律出版社，2001 年，第 52 页。此书也是本经典性著述，1921 年在美国出版，但中译本译文有欠完善。）

考文认为，柯克提出的司法审查观念、既应约束国王也应约束议会的基本法观念、法律之下的议会至上等思想深深地影响了美国制宪先贤和美国宪法。的确如此，美国革命时期的领导人，特别是有法律背景的领导人，无一不从布雷克顿和柯克的著述中获益非浅（在北美殖民地《独立宣言》这个历史性文件上签

名的 56 位大陆会议的代表中有 25 人是律师 ,因此，美国革命也可以说是律师领导的革命)。在当时的北美殖民地，柯克的书和其他英国法律教科书卖得跟在英国一样火。尽管美国革命的领导人亨利。亚当斯（Henry Adams）和汤姆斯。杰弗逊（Thomas Jefferson）作为学生研习法律时都曾经抱怨过柯克乏味单调的文风和只言片语、缺少连贯的评点，但后来他们都承认柯克的书让他们终身受益。亚当斯称柯克是“我们青少年时代的启迪者”。杰弗逊赞扬说：在论述英国宪政和公民权利方面，没有人比柯克造诣更深。为此，在向渴望学习法律的年轻人推荐书目时，杰弗逊总是选择柯克等人的普通法著作。

不仅美国第一代领导人制宪时受英国普通法传统的影响，第二代领导人在巩固宪政方面也从其中汲取不少养份。有“伟大的首席大法官”美誉的约翰。马歇尔（John Marshall）自学法律时用的就是他父亲用过的一本威廉。布莱克斯通（ Sir William

Blackstone，1723-1780）的《英国法注释》（Commentaries on the Laws of England）。（在美国革命前此书在美国已售出大约2500册左右，而当时的殖民地白人总人口不过150万上下。考文前引书第88页。据马歇尔自己讲他父亲并没有多少墨水，可见当时殖民者对法律的重视。）威廉是牛津大学法学教授，著名英国法权威。而马歇尔的同时代人、曾经在美国独立之初担任纽约州最高法院大法官、被认为是州法院系统中最了不起的大法官詹姆斯。肯特（James Kent）则回忆说："这部著作鼓舞了我，使我产生了敬畏之情。"

对威廉和柯克的影响美国学者曾经给予很高的评价。美国一本标准的法律辞典就称："威廉的法律理论基本上造就了殖民地居民的态度，并且在费城制宪会议上激烈地反映出来。"哈佛大学法学院院长庞德（Roscoe Pound）——在20世纪上半叶对美国法律思想产生过重大影响的法学家——则认为:正是

在美国最初两代法律家的努力下，“柯克以人权和理性作为约束议会的基本原则思想在美国得以实现”。

除了普通法传统外，美国宪法另一个思想源泉无疑是英国思想家洛克的政治理论，他借用自然法的观念提出了天赋人权（natural rights）和有限政府的理论。对于洛克的影响，考文和王希都有充份的论述。值得注意的是，考文指出了洛克和柯克两人之间在观念上的联系和差别。他认为，洛克的自然法观突破了柯克就英国论英国的狭隘眼界，用普遍性的语言强调了一个普遍性的原理：“柯克努力使普通法历史上形成的程序成为约束权力、特别是英国王权的永久手段，而洛克给立法权施加的限制，更看重于保护个人权利。”此外，柯克的论述常常有“托古改制”的味道，而洛克则直截了当进入主题。但在突出制度建设（如司法审查）方面，洛克却没有柯克的先见之明。显然，他们俩人的区别既是因为时代不同：洛克的论述出现在 1688 年光荣革命之后，而柯克的看法却是发表在

1640 年英国革命之前；也因为身份不同：洛克是位政治哲学家，看重的是理性、观念、原则和普遍性，而柯克是位法律家，强调的是经验、历史、个案和特殊性。

美国制宪先贤了不起的地方，在于他们通过妥协的方式把两位英国思想家的见解、英国普通法的传统与北美殖民地的自治及制宪经验有机结合，融会贯通，炮制出既有明确原则又有具体条款、既可以操作又富有弹性的美利坚合众国的第一部也是迄今为止唯一的一部宪法。

第四章

最高法院至高无上的权力是谁给的？
——马伯里诉麦迪逊案（1803）

2000 年的美国总统选举最后出现了最高法院大法官“选”总统的奇特局面。民主党总统候选人戈尔（Al Gore）尽管心里一百个不服气，背后又有赢得多数普选选票的民意撑腰，但表面上也不得不表示完全尊重和服从最高法院的权威，老老实实地宣布竞选失败。

是谁赋予了最高法院如此巨大的政治权力呢？

是宪法吗？不是。美国宪法只是规定了行政、立法和司法三权分立和制衡的政府格局，并没有明文赋予最高法院一槌定音的最终权威。

是选民和民意吗？当然也不是。与行政首脑（总

统)和立法者(联邦参众两院议员)经选举产生不同，最高法院九位大法官是由总统提名，经参议院半数通过产生，而且终身任职（除非受到国会弹劾），跟选民和民意根本不搭边儿。

说出来可能都没人敢信，最高法院至高无上的政治权力是最高法院大法官自己赋予自己的。1803 年，最高法院首席大法官马歇尔（John Marshall）通过对马伯里诉麦迪逊（Marbury v. Madison）一案的判决，初步确立了联邦最高法院在美国政治生活中至高无上、一锤定音的权威。

一、党派斗争 法官星夜任命威廉。马伯里（William Marbury)是美国首都华盛顿特区乔治城（Washington Georgetown）一位 41 岁的富商；詹姆斯。麦迪逊（James Madison）是美国的开国元勋，当时任美国政府国务卿。富商马伯里究竟有何政治背景？他为什么要起诉国务卿麦迪逊呢？说起

来，这桩影响极为深远的诉讼大案与当时美国政坛中的党派斗争有直接关系。

经过六年的反英独立战争，美国终于在 1783 年赢得了独立。美国人虽然赶走了殖民地的英国军队和总督，但却继承和发扬了英国法治传统的合理部份。1787 年 9 月，经联邦制宪会议制定通过，人类历史上第一部成文宪法在美国费城(Philadelphia)诞生。但是，美利坚合众国的正式建立却是在联邦宪法被各州批准之后。(美国宪法于 1787 年 9 月 17 日由联邦制宪会议表决通过。1788 年 6 月 21 日 New Hampshire 批准宪法之后，宪法已被四分之三州[九个州]批准，但实际上，当维吉尼亚和纽约两个重要的大州于 1788 年 6 月 25 日和 1788 年 7 月 26 日批准宪法之后，联邦宪法才算被正式批准。1789 年 3 月 4 日联邦政府宣告成立，宪法正式生效。联邦成立之后，南卡罗林那于 1789 年 11 月 21 日批准宪法，Rhode Island 于 1790 年 5 月 29 日批准宪法。)。

1789 年 3 月 4 日，联邦政府正式宣告成立。独立战争时期的大陆军总司令乔治。华盛顿（George Washington）将军于当年 4 月 6 日被推选为第一任美国总统。

在历届美国总统之中，华盛顿是唯一一位“无党派人士”。政党制度现在已成为美国宪政体制中的一个重要组成部份，但作为国家根本大法的美国宪法及其修正案并无只言片语提及政党制度。当时大多数的制宪先贤都认为，政党实质上就是结党营私、恶性竞争的代名词。华盛顿在任期间，内阁中国务卿托马斯。杰弗逊(Thomas Jefferson)和财政部长亚利山大。汉米尔顿（Alexander Hamilton）两人政见相左，逐渐形成了勾心斗角的两个派系。华盛顿对此深恶痛绝。当了两届总统之后，华盛顿谢绝政界人士和国民的再三挽留，放弃了唾手可得的终身总统宝座，告老还乡。1796 年离任时，华盛顿发表了著名的《告别词》，他语重心长地警告国民：“党派终将成为狡猾奸

诈、野心勃勃、毫无原则的人颠覆人民权力的政治工具。”

警告归警告，现实归现实。德高望重的老总统回老家种地后，美国政坛中的两大政党终于正式形成。拥护汉米尔顿的一派正式组成了联邦党（Federalist party），拥护杰弗逊的一派自称为民主共和党（Democratic-republican party，该党是1828年成立的美国民主党的前身，与1854年成立的美国共和党没有关系）。大体而言，联邦党人主张加强联邦政府的权力，反对激进的法国大革命；而民主共和党人则主张维护各州的自主地位，对外同情法国大革命。

美国宪法虽然将联邦权限明文列举于宪法，将未列举的权力归属于各州，但是，由于这部宪法相当简练，解释的弹性很大，因此，谁拥有对宪法的解释权，谁就可以在政治斗争中处于有利的地位。

18世纪末19世纪初，美国的政党制度和选举政治还很不成熟，总统和副总统混在一起选举，获得选

举人票最多者成为总统，其次为副总统。于是，继华盛顿之后，开国元勋、联邦党人约翰。亚当斯（John Adams）当选为第二任美国总统，而民主共和党人托马斯。杰弗逊则成为他的副总统。在其第一届任期即将期满的 1800 年 7 月，亚当斯任命年仅 45 岁的联邦党人约翰。马歇尔（John Marshall）出任国务卿，他自己则集中精力投入竞选，争取连任总统。

马歇尔来自南方的维吉尼亚州，与杰弗逊、詹姆斯等民主共和党人有同乡之谊，并成长于大致相同的人文环境和传统之中，接受类似的古典教育，同属于当地的绅士阶层，一起投身于反英独立战争。但是，他们虽然志同，道却不合。作为维吉尼亚最成功的律师之一，马歇尔怀疑平民政治，认为杰弗逊过于执着各州的权力。马歇尔既不是詹姆斯那样知识渊博、思想深刻的制宪领袖，也不是杰弗逊那样才华横溢、百科全书式的全才，但他经历广泛，政治经验丰富，思维敏锐，洞察力极强，尤其擅长从复杂的案情中迅速

抓住问题的要害。

与华盛顿、杰弗逊、詹姆斯、亚当斯等开国元勋和制宪先贤不同，约翰。马歇尔属于美国的“第二代领导人”。独立战争期间，年轻的马歇尔曾在华盛顿指挥的大陆军中担任军衔为上尉的副军法官（deputy judge advocate）战争初期，马歇尔目睹了大陆军中各邦民兵建制庞杂、各行其是、缺枪短粮、指挥混乱、溃不成军的困难局面，他深深地体会到建立一个强大而统一的联邦权威对于美国未来的强大和发展具有至关重要的意义。20 余年后，马歇尔出任联邦最高法院首席大法官，极力维护联邦至上的宪政原则，显然与他当年的军旅经历有直接关系。（马歇尔曾回忆说：“我作为一个维吉尼亚人参加独立革命，闹完革命变成了一个美国人”。）独立战争后，马歇尔先后干过执业律师以及州议员、联邦外交特使、联邦众议员等职务，在法律事务以及政府行政和立法部门积累了非常而全面的经验，这是他后来能够成为

一位伟大的大法官的重要因素。

1800 年美国总统选举是美国宪政史上极其重要的一页，其历史意义和深远影响远远超过了二百年之后戈尔与布什之间的选举大战。在这次总统选举中，由于联邦党人内讧突起，亚当斯总统败给了民主共和党候选人杰弗逊。在同时举行的国会选举中联邦党也是一败涂地。这样，联邦党不但失去了总统的宝座，同时也失去了国会的控制权。在此背景下，美国的宪政体制第一次面临着严峻的考验：国家最高权力能否根据宪法程序以非暴力的形式在不同党派之间和平交接，关系到新生的美利坚合众国的生死存亡。还好，大权在握的联邦党人以国家利益为重，没有舞刀弄枪、拒绝交权，而是采取了“合法斗争”的手段。他们利用宪法赋予总统的任命联邦法官的权力，极力争取控制不受选举直接影响的联邦司法部门，借以维持联邦党人在美国政治生活中的地位和影响，以求卷土重来。

1801 年 1 月 20 日，亚当斯总统任命国务卿约

翰。马歇尔出任最高法院首席大法官。参议院批准后，马歇尔于 2 月 4 日正式到职赴任，但他仍然代理国务卿职务，只是不领国务卿的薪俸。这种状况一直持续到 1801 年 3 月 3 日亚当斯总统任期届满为止。接着，趁新总统上台和新国会召开之前，国会中的联邦党人于 1801 年 2 月 13 日通过了《1801 年司法条例》（“the Judiciary act of 1801”），该条例将最高法院大法官的法定人数从六名减为五名，以防止出现判决僵持的局面。但实际上，由于这项规定将从任何一位现职大法官退休或病故后才开始正式生效，所以其目的之一显然是想减少杰弗逊总统提名民主共和党人出任大法官的机会。同时，它还将联邦巡回法院由根据《1789 年司法条例》（“the Judiciary act of 1789”）规定的三个增至六个，由此增加了 16 个联邦巡回法官的职位。这样，即将下台的“跛鸭总统”亚当斯在卸任之前可以借机安排更多的联邦党人进入联邦司法部门。两个星期之后，联邦党人控制的国会又通过

了《哥伦比亚特区组织法》(“the Organic act for the district of Columbia”)，正式建立首都华盛顿特区市，并授权亚当斯总统任命特区内 42 名治安法官（Justice of the peace），任期 5 年。1801 年 3 月 2 日，亚当斯总统提名清一色的联邦党人出任治安法官，威廉。马伯里身列任命名单之中。第二天，即亚当斯总统卸任的当天（1801 年 3 月 3 日）夜里，即将换届的参议院匆匆忙忙地批准了对 42 位治安法官的任命。后人把这批法官挖苦为午夜法官（midnight judges）。

二、官运受阻 马伯里告上法院按照规定，所有治安法官的委任状应由总统签署、国务院盖印之后送出才能正式生效。当时正是新旧总统交接之际，约翰。马歇尔一面要向新国务卿交接，一面又要准备以首席大法官的身份主持新总统的宣誓就职仪式，忙得一塌糊涂、晕头转向，结果因疏忽和忙乱，竟然还有十七

份委任令在马歇尔卸任之前没能及时发送出去(马歇尔在给其弟的信中承认："我担心种种责怪将会归咎于我"，"由于极度忙乱和瓦格纳先生[马歇尔在国务院的助手]不在"致使已经签字和盖章的法官委任状未能及时送出),而马伯里恰好身列这拨倒霉蛋之中。

对于联邦党人在权力交接前夜大搞以党划线、"突击提干"的损招儿,新上任的民主共和党总统杰弗逊早已深感不满。当听说有一些联邦党人法官委任状滞留在国务院之后,他立刻命令新任国务卿詹姆斯。麦迪逊扣押了这批委任状,并示意麦迪逊将它们"如同办公室的废纸、垃圾一样处理掉"。

接着,针对联邦党人国会在换届前夜的立法,民主共和党人控制的新国会针锋相对，以牙还牙，于 1802 年 3 月 8 日通过了《1802 年司法条例》（judiciary act of 1802）, 废除了《1801 年司法条例》中增设联邦巡回法院的规定，砸了 16 位新任联邦法官的饭碗。

不过，新国会并没有撤销任命 42 名治安法官的《哥伦比亚特区组织法》。为了防止联邦党人控制的最高法院挑战新国会通过的法案，国会采取重新安排最高法院开庭日期的办法，改一年两次开庭为一次开庭，使最高法院从 1801 年 12 月到 1803 年 2 月期间暂时关闭，时间长达 14 个月之久。当最高法院再次开庭时，已经是 1803 年 2 月了。

马伯里虽然家财万贯，但对治安法官这个七品芝麻官却情有独钟，就这样不明不白地丢失了法官职位，他觉得实在是太冤，非要讨个说法不可。于是，马伯里拉上另外三位同病相怜的难兄难弟，聘请曾任亚当斯总统内阁总检察长(attorney general.总检察长现在一般译为司法部长。这个职位虽然是 1789 年建立的，但当时只是一个非全职的内阁职位，直到威廉。怀特任职期间才成为全职位置——即使这样他仍然是光杆儿司令一个，因为司法部 [Justice department]要到 1870 年才建立，只有到这时才可

以称司法部长）的查尔斯。李（Charles Lee）为律师，一张状纸把国务卿麦迪逊告到了最高法院。他们要求最高法院下达执行令（原文为拉丁文 writ of mandamus，也译训令状，在英美普通法中指有管辖权的法官对下级法院、政府官员、机构、法人或个人下达的要求其履行法定职责行为的命令），命令麦迪逊按法律程序交出委任状，以自己能便走马上任。控方律师起诉的根据源自《1789 年司法条例》（the judiciary act of 1789）第 13 款 d 条中的规定：联邦最高法院在法律原则和惯例保证的案件中，有权向任何在合众国的权威下被任命的法庭或公职官员（persons holding office）下达执行令状。

　　麦迪逊一看对手来头不小，便来了个兵来将挡、旗鼓相当，请杰弗逊总统内阁总检察长莱维。林肯（Levi Lincoln）出任自己的辩护律师。这位林肯先生真不愧是现职总检察长，办案派头十足，接了案子以后竟然连法院都懒得去，只是写了一份书面争辩送

交最高法院，声称马伯里诉麦迪逊（Marbury v. Madison）案是一个涉及党派权力斗争的政治问题，跟法律压根儿就不沾边，最高法院管不着这种根本就扯不清楚的党派斗争。

接到控方律师的起诉状和辩方律师寄来的书面争辩后，马歇尔大法官以最高法院的名义致函国务卿麦迪逊，要求他解释扣押委任状的原因。谁料想，麦迪逊对马歇尔的信函根本就不予理睬。在当时的法律和历史环境下，麦迪逊这种目中无人、无法无天的行为是件稀松平常的事，因为联邦最高法院当时实在是一个缺乏权威的司法机构。制宪先贤汉密尔顿（Alexander Hamilton）曾评论说："司法部门既无军权，又无财权，不能支配社会力量与财富，不能采取任何主动行动"，是"分立的三权中最弱的一个"。1789 年生效的美国宪法虽然规定了行政、立法、司法三权分立和制衡的格局，但这部宪法以及后来增添的宪法修正案，对于宪法最终解释权的归属问题从未

做出任何明确规定。这部宪法没有赋予最高法院向最高行政当局和国家立法机构指手划脚、发号施令的特权，更别提强令总统、国务卿以及国会服从最高法院的判决了。

从宪政理论角度看，按照欧洲思想家洛克（John Locke）、孟德斯鸠（Charles Louis de Secondat Moutedquieu）、卢梭关于限权政府、分权制衡、主权在民的宪法和制度设计原则，行政权、立法权和司法权的职能和权限应当严格区分，相互独立，彼此之间“井水不犯河水”。另外，在分立的三权之中，如果一定要判定哪一权处于更优越的地位，那显然应是拥有民意基础的立法权，无论如何也轮不到非民选的司法部门占据至高无上、一锤定音的权威地位。

这样，马伯里诉麦迪逊一案实际上使马歇尔大法官陷入了一种左右为难、必输无疑的两难困境。他当然可以正式签发一项执行令，命令麦迪逊按照法律程序发出委任状。但麦迪逊有总统兼美军总司令杰弗逊

撑腰，他完全可能对最高法院下达的执行令置若罔闻。既无钱又无剑的最高法院若向麦迪逊国务卿强行发号施令却又被置之不理，只会让世人笑掉大牙，进一步削弱最高法院的司法权威。可是，如果马歇尔拒绝马伯里合理的诉讼要求，那就等于主动认输，承认最高法院缺乏权威，无法挑战行政部门高官目无法纪的举动，不仅愧对同一阵营中的联邦党人战友，而且使最高法院颜面扫地。

审，还是不审，成为一个令马歇尔极为头疼的大难题。经过半个多月的苦思冥想，他终于琢磨出了一个两全其美的绝妙判决，令后人拍案称奇，赞不绝口。马歇尔的判决既表现出司法部门的独有权威，又避免与行政当局和国会迎头相撞、直接冲突，为确立司法审查（Judicial review）这个分权与制衡体制中的重要权力奠定了基石。

三、巧脱困境 绝妙判决令人称奇 1803 年 2 月

24 日，最高法官认 5 比 0 的票数（William Cushing 大法官因病未参加投票）对马伯里诉麦迪逊案作出裁决。首席大法官马歇尔主持宣布了法院判决书。

马歇尔在判决中首先提出了三个问题：第一，申诉人马伯里是否有权利得到他所要求的委任状？第二，如果申诉人有这个权利，而且这一权利受到侵犯时，政府是否应该为他提供法律救济？第三，如果政府应该为申诉人提供法律救济，是否是该由最高法院来下达执行令，要求国务卿麦迪逊将委任状派发给马伯里？

对于第一个问题，马歇尔指出："本院认为，委任状一经总统签署，任命即为作出；一经国务卿加盖合众国国玺，委任状即为完成"。"既然马伯里先生的委任状已由由总统签署，并且由国务卿加盖了国玺，那么，他就已经被任命了；因为创设该职位的法律赋予该官员任职 5 年，不受行政机关干预的权利，所以，这项任命是不可撤销的，而且赋予该官员各项法律上

的权利，受到国家法律的保护”。马歇尔的结论是：“拒发他的委任状，在本法院看来不是法律所授权的行为，而是侵犯了所赋予的法律权利”。所以，马伯里案是一个法律问题，不是政治问题。

对于第二个问题，马歇尔的回答也是肯定的。他论证说：“每一个人受到侵害时都有权要求法律的保护，政府的一个首要责任就是提供这种保护。合众国政府被宣称为法治政府，而非人治政府。如果它的法律对于侵犯所赋予的法律权利不提供救济，它当然就不值得这个高尚的称号。”马歇尔甚至上纲上线说：“如果要除去我们国家法律制度的这个耻辱，就必须从本案的特殊性上做起”。

那么，按照这个思路和逻辑继续推论下去的话，在回答第三个问题时马歇尔似乎理所当然地就该宣布应由最高法院向国务卿麦迪逊下达强制执行令，让马伯里官复原职、走马上任。可是，马歇尔在此突然一转，他引证宪法第 3 条第 2 款说：“涉及大使、其

他使节和领事以及以州为一方当事人的一切案件，最高法院具有原始管辖权（original jurisdiction）。对上述以外的所有其他案件，最高法院具有上诉管辖权。”

如果把马歇尔的上述引证换成一句通俗易懂、直截了当的大白话，那就是说，马伯里诉麦迪逊案的当事人既非外国使节，也不是州政府的代表，所以最高法院对这类小民告官府的案子没有初审权。马伯里告状告错地儿了。按照宪法规定的管辖权限，马伯里应当去联邦地方法院去控告麦迪逊。如果此案最终从地方法院逐级上诉到最高法院，那时最高法院才有权开庭审理。

可是，富商马伯里高薪聘请的律师、前任联邦总检察长查尔斯。李并非不懂诉讼程序的外行，他之所以一开始就把马伯里的起诉状直接递到了联邦最高法院，依据的是国会 1789 年 9 月通过的《1789 年司法条例》第 13 款。

针对这个问题，马歇尔解释说：《1789 年司法条例》第 13 款是与宪法相互冲突的，因为它在规定最高法院有权向政府官员发出执行令时，实际上是扩大了宪法明文规定的最高法院司法管辖权限。如果最高法院执行《1789 年司法条例》第 13 款，那就等于公开承认国会可以任意扩大宪法明确授予最高法院的权力。

马歇尔认为，此案的关键性问题在于“是由宪法控制任何与其不符的立法，还是立法机构可以通过一项寻常法律来改变宪法。在这两种选择之间没有中间道路。宪法或者是至高无上、不能被普通方式改变的法律，或者它与普通法律处于同一水准，可以当立法机构高兴时被改变。如果是前者，那么与宪法相互冲突的立法法案就不是法律；如果是后者，那么成文宪法就成为人们的荒谬企图，被用来限制一种本质上不可限制的权力。”话说到此，宪法的神圣性已呼之欲出。

接着，马歇尔趁热打铁抛出了最后的杀手锏。他斩钉截铁地指出："宪法构成国家的根本法和最高的法律"，"违反宪法的法律是无效的"，"断定什么是法律显然是司法部门的职权和责任"。如果法官不承担起维护宪法的责任，就违背了立法机构所规定的就职宣誓，"规定或从事这种宣誓也同样成为犯罪。"

据此，马歇尔正式宣布：《1789 年司法条例》第 13 款因违宪而被取消。这是美国最高法院历史上第一次宣布联邦法律违宪。

四、制度创新 司法审查原则草创马伯里一看当个治安法官竟然这么费劲儿，连总统签了字、国务院盖了戳儿的委任状都成了白条，若要从基层法院一级一级地上诉到最高法院，还不知要等到猴年马月。灰心丧气之余，他只好撤回了起诉。此公后来当上了一家大银行的总裁，比当治安法官实惠多了。

从表面上看，联邦党人马伯里没当成法官，麦迪

逊国务卿也没送出扣押的法官委任令，马歇尔似乎输了这个官司。但实际上，马歇尔是此案真正的大赢家。

首先，马歇尔通过此案向国家立法机构国会宣布：不仅宪法高于一切法律，而且判定法律本身是否符合宪法这个至关重要的权力也与立法部门无关。换句话说，立法机构不得随意立法，只有最高法院才是一切与法律有关问题的最终仲裁者。

其次，马歇尔通过此案向国家最高行政部门宣布：宪法的最终解释权属于司法部门。因此，司法部门有权判定行政当局的行为和行政命令是否违宪，有权对行政当局的违宪行为和命令予以制裁。这样，虽然宪法规定任何法律都应由国会和总统决定和通过，但最高法院拥有解释法律的最终权力，有权判定法律是否违宪。而最高法院的裁决一经做出即成为终审裁决和宪法惯例，政府各部门和各州必须遵守。所以，最高法院不仅拥有了司法审查权，而且在某种意义上拥有了“最终立法权”。美国学者梅森（Alpheus T. Mason）

认为，与英国王权相比，美国最高法院不仅仅是权威的象征，而且手握实权，“它能使国会、总统、州长以及立法者俯首就范”。

马歇尔的高明之处在于，从表面上看他的做法天衣无缝，因为宣布《1789 年司法条例》第 13 款因违宪而被取消的做法是对最高法院自身权限的限制，所以国会找不出任何借口与最高法院对抗，也没有任何理由弹劾最高法院大法官。另外，马歇尔虽然宣布司法部门有权判定行政当局的行为是否违宪，但他并没有向麦迪逊国务卿发出执行令，只是建议马伯里去下级法院控告麦迪逊。这样，行政当局同样找不出任何借口与最高法院过不去，也根本无法挑战马歇尔大法官的裁决。实际上，杰弗逊等民主共和党人已经有所准备，即便是最高法院下了执行令他们也不会执行。但道高一尺，魔高一丈，马歇尔来了一个明修栈道，暗度陈仓，在为马伯里正名争气的同时，避开了民主共和党人所设的陷阱，把判决转向法律与宪法孰重孰

轻这一根本性问题。

美国的法律体系是成文法与案例法的结合，既然立法和行政部门无法推翻最高法院对马伯里案的判决，那么，按照英美普通法系遵循先例（stare decisis）的原则，此判决将作为宪法惯例被后人永远引用。据统计，在最高法院以后的判决中，马伯里案高踞被引用的案例之首，达数百次之多。

根据这一经典案例逐渐确立的联邦法院司法审查权包括相当丰富的内容：第一，联邦法院是联邦立法和行政部门立法和行为合宪性的最终裁定者；第二，联邦法院是州立法机关和行政部门立法和行为合宪性的最终裁定者；第三，联邦法院，特别是联邦最高法院，有权审查州法院的刑事与民事程序法规，以确定这些程序法规是否符合联邦宪法的要求。

通过对马伯里案的裁决，马歇尔一方面加强了联邦司法部门与其他两个政府部门相抗衡的地位，使司法部门开始与立法和行政两部门鼎足而立，另一方面

增强了联邦最高法院作为一个政府机构的威望与声誉，使最高法院成为宪法的最终解释者。可以说，这是美国政治制度史和人类政治制度史上的一个伟大的里程碑。一百多年之后，美国最高法院大法官卡多佐（Benjamin N. Cardozo）赞叹道："马歇尔在美国宪法上深深地烙下了他的思想印记。我们的宪法性法律之所以具有今天的形式，就是因为马歇尔在它尚有弹性和可塑性之时以自己强烈的信念之烈焰锻炼了它。"马歇尔传记的作者史密斯（Jean E. Smith）赞扬说："如果说乔治。华盛顿创建了美国，约翰。马歇尔则确定了美国的制度。"

但是，历史进程并不是涅瓦河大街，制度创新也不是一夜之间完成的。马伯里诉麦迪逊案收场后，杰弗逊总统极为恼火。在杰弗逊看来，行政、立法与司法部门之间应当是一种三权分立、平起平坐的关系，凭啥司法部门要凭借司法审查权高人一等呢？杰弗逊认为："宪法没有赋予法官替执法部门决策的权力，

就像执法部门无权为法官作决定一样。在各自负责的领域，两个机构彼此平等独立”。“宪法欲使政府各协作部门之间相互制衡。但是，如果授权法官决定法律是否违反宪法，使法官不仅在司法部门的地盘自行其是，而且还在立法和执法部门的行动范围独断专行，那将使司法部门成为一个专制暴虐的机构”。

杰弗逊总统的担忧在很大程度上是基于政治现实的考虑。如果联邦党人控制下的最高法院一而再、再而三地利用司法审查权推翻民主共和党国会制定通过的重要法律，那么，美国的分权制衡体制就会因党派斗争而陷入瘫痪。即使国会能够启动宪法程序弹劾最高法院大法官，但结果将是彻底削弱最高法院的政治地位和司法权威。无论发生何种情况，一场宪法危机似乎已在劫难逃。

然而，政治的奥秘在于妥协。尽管杰弗逊总统忧心忡忡，但出乎意外的是，在马歇尔大法官领导之下，联邦最高法院自我约束，见好就收，并没有单纯从党

派利益出发利用司法审查权与杰弗逊总统和民主共和党人死拼硬抗，频繁地否决新国会的立法，使最高法院成为“专制暴虐的机构”。1803 年 3 月 2 日，即马伯里案结束六天之后，在审理 Stuart v. Laird 案时，联邦党人控制下的最高法院妥协退让，承认了《1802 年司法条例》的合宪性。更为重要的是，在马伯里案之后的 30 余年中，马歇尔法院再也没动用过司法审查权。而杰弗逊在 8 年任期内也表现出大局为重和超越党派分歧的宪政精神，保留了联邦党人在加强联邦权威方面的主要建树。

一些美国宪法学者认为，马歇尔对马伯里案的绝妙判决实际上只是当时党派斗争的产物，它在当年并未产生任何实际法律效力，其作用只是为司法机构今后审查国会立法的合宪性奠定了基础。此外，这个判决也有一个非常明显的自相矛盾之处，因为马歇尔断案的法律根据是最高法院对此案没有初审权，既然如此，他根本就不应做出任何判决，而是应当依法把案

子打回到有管辖权的联邦地方法院。可是，马歇尔大法官并没有这样做，他一方面根据《1789 年司法条例》第 13 款接受此案，另一方面又以它与宪法冲突为由宣布它违宪。不过，马歇尔似乎可以辩解说他接受此案时并不知道无权审理，无权审理只是后来在审理过程中获得的一个新认识。还有，马歇尔是这个案子缘起的当事人之一，理应回避，但他却没有这样做。（美国在立宪建国之初法律法规很不完善，比如，1801 年 2 月 4 日至 1801 年 3 月 3 日期间，马歇尔作为地位仅次于总统、副总统的第三号行政首脑却兼任联邦最高法院首席大法官，显然违反了分权制衡原则。相比之下，在马伯里案中马歇尔身为当事人却没回避，只不过是小事一桩。）这个在很大程度上是出于党派斗争需要的司法判决，后来却成为美国宪政历程的里程碑，这不能不说是一个历史的嘲讽。不过，人类历史有太多这样的例子，不光彩的动机成就了伟大的事业。

1789 年生效的美国宪法一直被后人誉为人类政治制度设计的伟大典范，恩泽绵远，千古流芳。其实这种评价好像有点儿过高了。原因在于，在宪法最终解释权问题上，实际上就是在涉及三权分立与制衡这个具有美国特色的国家宪政制度，以及究竟是权大还是法大这一宪政法治的基本原则问题上，1789 年宪法并无开创性建树。由于历史的局限，这部宪法没有明确规定最高法院拥有司法审查权，结果使司法在三权中处于最弱的一方，使三权分立与制衡制度形同虚设。按照这种宪法设计，缺乏权威的联邦最高法院实际上可有可无，比如在马伯里案中，国务卿麦迪逊对最高法院让他解释扣押任命公文原因的信函干脆就懒得搭理。

但话又说回来，在美国宪法的条款中实际上可以引申出最高法院拥有宪法解释权的原则，在美国宪法之父的理论探索中也有关于最高法院应当拥有司法审查权的论述。美国宪法第 3 条第 2 款规定，最高法

院的权限之一是受理涉及宪法和联邦法律的纠纷。既然是涉及宪法的纠纷，最高法院在裁定时显然要阐明它对宪法的解释。在《联邦党人文集》第 78 篇，制宪先贤汉密尔顿精辟地指出：“解释法律乃是法院的正当与特有的职责，而宪法事实上是亦应被法官看作是根本大法，所以对于宪法以及立法机关制定的任何法律的解释权应属于法院。如果二者之间出现不可调和的分歧，自以效力及作用较大之法为准，亦即：宪法与法律相较，以宪法为准。”在汉密尔顿看来，立法机关必须受到一定的限制和约束，“此类限制须通过法院执行，因而法院必须有宣布违反宪法明文规定的立法为无效之权。”所以，马歇尔的判决绝非无源之水、空穴来风，而是有相当坚实的根据。

但是，马歇尔在判决书中，对于为什么非民选的最高法院却有权力宣布代表人民的国会所制定的法律违宪这个重要问题并未从宪法理论上给予令人信服的解释。然而，制度创新的基础并非尽善尽美的宪

政理论或立法。在英美普通法系中，法规或制度的演变和创新主要是基于司法实践以及司法经验和惯例的积累和发展。议会立法形成的法律只是法律的一部份，大量的法律是由法院的判例构成。实际上，在立法过程中，普通法系国家的法院和法官在事实上早已占据和扮演了极为重要的地位和角色。这种制定和解释法律的习惯和传统，对美国司法审查制度的形成和发展具有重要意义。

应当指出的是，美国在殖民地时期和独立初期受英国枢密院审查北美殖民地立法的司法判例的影响，州一级的法院已出现了一些类似司法审查制度的判例。1786 年 Rhode Island 的 Trvett v. Meeden 案，就是其中最著名的一个案例。此案的基本情况为，Rhode Island 州议会立法规定纸币为合法货币，但州最高法院法官认为该法案“不得人心并违反州宪法”（repugnant and unconstitutional），使其最终失去了法律效力。

由于英国普通法传统对北美殖民地的深厚影响，由于宪法之父的杰出思想，以及当时和后来的美国政治家们对政治规则的尊重以及善于妥协让步的特点，加上马歇尔大法官在司法实践中超乎寻常的智慧和努力，在宪政法治的历史进程中，美国最高法院逐渐成为分权制衡体制中举足轻重的关键角色，使美国政治制度真正具有了三权分立、相互制衡的特点，使司法审查制度成为美国宪政体制有别于英、法等西方民主国家政治制度的一个重要特点，而且成为美国宪政法治的基石。

二百年后的今天，在美国最高法院的院史博物馆中，唯有马歇尔大法官一人享有全身铜像的特殊待遇。在九位大法官专用餐厅的墙壁上，则并列悬挂着马伯里和麦迪逊二人的画像，仿佛是在提醒每一位大法官：一汤一饭当思来之不易。

若不是当年马歇尔大法官在马伯里诉麦迪逊一案中令人称奇的绝妙判决，恐怕就不会有今天最高法

院至高无上的权威，戈尔和布什各自的拥护者没准儿已在白宫前面真刀真枪地开打了。

第五章

契约神圣原则与大学自治传统

——达特茅斯学院诉伍德沃德案（1819）

在美国这个法治国家，一个通行的金科玉律就是私有财产不可侵犯。但私有财产的确定和确认需要契约来规范，显然，政府的更替、社会的变动、阶级的冲突都可能影响到契约的有效性。为此，美国宪法第1条第10款特别规定：任何一个州都不得“通过任何公民权利剥夺法案、追溯既往的法律或损害契约义务的法律”。

但宪法文本的规定要化为现实生活的法治还有赖于法官们的努力。美国联邦政府成立之初就遇到了一项有关契约的案子——达特茅斯学院诉伍德沃德（Dartmouth college v.Woodward）。而联邦最高

法院首席大法官马歇尔对此案的一纸判决不仅维护了契约神圣的原则，也使美国私立大学的发展有了坚强的法律后盾。

一、私立学院内讧 政治权力干预在美国东北部的新罕布什尔州（New Hampshire）有一所颇有名气的私立文理学院叫达特茅斯学院（DartmouthCollege），它是美国著名的 8 所长春藤大学之中的小老弟。该校成立于 1769 年，那时北美还是英国的殖民地，由当时的英国总督向学院颁发了经国王乔治三世签字的特许状（charter）。根据这一特许状，学院建立了用于募捐的信托基金，设立了管理学院的董事会，它有权补充董事缺额，选任院长。

1779 年，学院首任院长去世，其子约翰。惠洛克（JohnWheelock）接任。惠洛克也是位革命家，积极投身于华盛顿领导的美国革命，在美国独立战争功勋卓著，退役前是华盛顿摩下大陆军中的一名中校。

虽然他打仗有一套，但管理学校则是个地地道道的外行，只能用指挥部队的那一套来管理学院。当时的学校很小，只有文史哲三个教授，惠洛克自己则兼任美国式政治课——神学课的教授。在课堂上，惠洛克完全采取填鸭式教学，整个儿是满堂灌，容不得学生任何质疑和讨论。

学院董事会对惠洛克的工作作风和教学风格颇有微辞，但他倚老卖老，我行我素，不仅不虚心接受批评，而且还偷偷散发匿名小册子，攻击董事会滥用学院公款、干涉学院教学。不过，学院董事会亦非等闲之辈，它是由包括联邦国会参议员、众议员和法官在内的 8 位当地社会贤达组成的。1815 年，在调查出惠洛克是匿名小册子作者后，董事会便依据学校章程炒了惠洛克的鱿鱼。

但惠洛克不仅不认输，反而来了个“小人先告状”，跑到新罕布什尔州议会控告达特茅斯学院的董事会挪用学院基金资助乡村传教活动，浪费学校公款，干

涉学校教学。他认为这些行为足以构成“毁约”，请求州议会设法采取补救措施，为他恢复名誉和地位。显然，惠洛克这样做的目的是想让州政府出面干预学校的内部事务，改变自己在与校董们斗争中的不利地位——因为他是民主共和党人，校董们则是联邦党人，而这时新罕布什尔州的大部份议员和州长都是民主共和党人。

州议会遂组成调查小组前去学校考察。校董会利用这一机会向调查小组揭发了惠洛克滥用职权、损害学校利益的种种不当作法，并说明乡村传教工作系经惠洛克本人批准。调查小组正准备把调查结果写成报告交给州议会，州议会却根据惠洛克的一面之词在1816 年 6 月 27 日通过了一项改变达特茅斯学院性质的法律。

二、学院易名 官司乍起新罕布什尔州议会通过的这项法律修改了达特茅斯学院原来的特许状，把学

院转为公立大学，由州长威廉。普卢默（WilliamPlumer）和州政府选派的监事会（overseer）管理。普卢默这样作的主要理由是州政府有权决定以何种方式来管理大学，他还批评原来学院自行决定连选连任的体制是贵族专制，违背美国人珍视的民主和自由的原则。

对州政府的决定达特茅斯学院的董事会当然不服，他们致函州长，表示不接受新罕布什尔州议会 6 月 27 日通过的法律，拒绝采取结束学院的行动，强调任何文教机构都拥有不可侵犯的“权利、特权和财产”。

董事会的抗命进一步惹怒了州政府。1816 年年底，州议会通过新的法律，对抗命的学院董事会成员和教授每人罚款 500 美元——这在当时可不是一个小数字。

面对州政府的压力，学院的秘书兼司库威廉。伍德沃德（WilliamWardwood）吃不消了，退缩了，

他偷偷地带走学院的校印、账本和文件，投奔了新设的公立大学。在伍德沃德拒绝归还这些物品后，学院的董事会向州法院控告伍德沃德非法侵占学院财物，要求他将校印、账本等物归还学院。他们还连带控告新罕布什尔州议会擅订法律，未经正当程序剥夺了他们的财产权，破坏了具有契约（contract）效力的特许状，损害了他们被宪法所保护的契约权利，要求法院宣布州议会 6 月 27 日通过的法律无效。

但新罕布什尔州的各级法院均站在州政府一边，判原告败诉，其主要的理由是达特茅斯学院非私人财产，而系公共机构（public corporation），即使该校最初系由董事会出资创办的，董事会也不能只为私人利益考虑而把它仅仅看作是私人财产。该校既具有公共性质，加之独立后建立起来的州政府业已继承了原有的英王殖民地的一切权力和责任，作为民意机构的州议会就有权修改原来的特许状，并把它改为公立大学。

有州议会和法院判决的撑腰，惠洛克趾高气扬，走马上任，成了新设的达特茅斯大学校长，接管了原来学院的校舍和图书馆。

但学院的董事会拒不屈服，苦苦挣扎。他们一方面因陋就简，把教室设在教授的家中，利用社会上的图书馆继续办学，另一方面募集资金，把案子上诉到联邦最高法院。

表面看来，这一案子所涉及的是现任的立法机构是否可以改变它所继承的政府给法人的特许状这一小问题，但实际上它是一个非常重要的法律问题，因为契约权力实际上是一种重要的产权，它涉及的是资本主义的核心问题。在首席大法官马歇尔看来，这是一个“大是大非”的问题。

三、报效母校 韦伯斯特语惊四座为达特茅斯学院辩护的是它从前的毕业生丹尼尔。韦伯斯特（Daniel Webster）。此公是美国历史上的传奇人物，

出身于新罕布什尔一个殷实的农家，从小天资聪明，勤奋好学，1797 年考入达特茅斯学院，毕业后研读法律，自学成才，1805 年通过考试成为律师。聪明的天资加后天的勤奋，韦伯斯特最终出人头地，成为美国历史上最有名气的辩护律师，仅在最高法院就出庭辩护过 168 个案子。他“(律)师而优则仕”，1812 年年仅 30 岁就以联邦党人的身份当选为国会众议员，后来又作过联邦参议员和三届美国国务卿，竞选过美国总统，用其滔滔的辩才为国效力。从 1812 年出道，到 1852 年去世，在其 40 年的公职生涯中，不论是在法庭还是在国会，他一生都为维护和巩固美国联邦的统一、完整和权威奔走呼号。

韦伯斯特仪表堂堂，讲究形象，因此看上去总是威风凛凛，据说是最高法院出庭律师中最英俊的一位，也是参议院中罕见的美男子。但在私节上，此公的表现却令人垢病：他嗜酒如命，见钱眼开，不见支票不演讲；他时而也钻法律空子搞一些权钱交易，议员公

务和律师职业两不耽误、相互促进。因此，在 19 世纪美国的公众人物中很少有人像他那样靠自己赚那么多的钱的。同时，他挥金如土，入不敷出，终身债务缠身，至死都没有还清。文学家爱默生（R.W.Emerson）曾经生动地概括了韦伯斯特的“生活三原则”：“绝不偿还任何可能逃过的债务；绝不做任何可以拖到明天的事情；绝不做任何能找到别人替自己做的事情。”不过，这些原则主要是对外人，对家人和亲密朋友，他却能放下架子、以诚相待、欢乐相处。显然，韦伯斯特的自私自利也需要亲朋好友的关爱来平衡。

达特茅斯学院案是韦伯斯特第 10 次上最高法院出庭辩护的一个案子，但却是最重要的一次。他当时已在法律界崭露头角，不过没有多少人相信他能够打赢这场官司，连他自己也没有多大的把握，因为在当时，最高法院的 7 位大法官中有 5 位是民主共和党人，只有首席大法官马歇尔和大法官华盛顿是联邦党人。

韦伯斯特之所以接这个案子，一方面是因为它涉及到法人团体契约权利这一重要问题，更重要的是达特茅斯学院是他的母校，于公于私他都必须尽力而为。为此，他精心准备了辩护词。

在 1818 年 3 月 10 日开庭的那天，韦伯斯特从容不迫地开始陈述。他旁征博引，侃侃而谈，从学院特许状的由来，讲到英美普通法中对特许权和契约的保护。这一辩词熔法、理、情于一炉，听（读）起来荡气回肠、感人肺腑。这篇真正的“最佳辩护”成为美国法治史上不朽的名篇：

“达特茅斯学院系私人之善业，存在已有半个世纪。学校的特许状由英王乔治三世核发，承认该院为法人（corporation）。对董事会来说，此特许状实为一份契约，因为当初校董会是以创办一所学校为由向英王提出申请的。特许状获准后，校董会便以私人资产和私人名义开办了这所学校。新罕布什尔法院所谓该校既从事公益应属于公众之论纯系标新立异，不能

成为理由:试问有谁会指派立法机构去替他管理自己的善业呢?在此之前,又有谁听说过学院、医院或救济院所接受的馈赠居然会变成了对州政府的馈赠呢?由此足以证明新罕布什尔州议会对达特茅斯学院的处理明显构成了侵占行为。

根据美国宪法第 1 条第 10 款的规定,各州不得制定法律去破坏契约义务。如果宪法不是一纸空文的话,那么,它在这一问题上必然会约束立法机关的权力。即使根据新罕布什尔州宪法的规定,该州亦无权在未经法院审判之前擅自对人民作判决并没收人民的财产。此外,法人的权利应与个人无异,法人的印信、文件和账本等乃是其财产,扣压其印信、文件和账本等无异于侵占其财产。

本案绝非通常的普通案件,而是非同寻常。它不是影响到达特茅斯一个学院,而且将影响到全国所有的学院和文教机构。……把这些文教机构置于时刻存在着的党争和变化不定的政见的控制下是一项危险

的、极度危险的作法。如果此类特许权可以随时被夺走或损害，那么，财产也可以被剥夺和改变用途。……（这样的话，)所有高尚的灵魂都会离开学校而远去，学校遂成为政治角逐的舞台。“说到这里韦伯斯特停了下来，含着眼泪哽咽地请求道：

“达特茅斯学院是个微不足道的教育机构，它的命运操在诸位手中。法官先生，你们可以把它毁掉，但请记住，它正揪着很多人的爱心。对于我来说，当看到母校面临四面楚歌时，就如同看到凯撒在元老院任人宰割。我并非母校的骄傲，但我仿佛听到母校在对我说：你是我的儿子。”

韦伯斯特的这番慷慨陈词令在场的所有人为之动容，一片鸦雀无声，连不轻易动感情的马歇尔也热泪盈眶。为了慎重起见，马歇尔决定暂时压制自己的感情，宣布延期判决。

州政府方面万万没有想到韦伯斯特会有这么一手，赶忙去巴尔的摩请来当时美国最有名的大律师威

廉。平克尼（William Pinkney）。平克尼和被告商量了一个星期，很有把握地说他能够把案子翻过来。

第二次开庭已经是一年后的 2 月 2 日。平克尼要求重新听证，但马歇尔拒绝了他的要求，并称最高法院已作出判决，以 5 票赞成、1 票反对、1 票弃权宣判原告达特茅斯学院获胜。

四、法人权利确定 达特茅斯学院枯木逢春由马歇尔代表最高法院撰写的判词把案件分成两个问题：（1）达特茅斯学院的特许状能否看成是联邦宪法所要保护的契约？如果回答是肯定的话，那么，（2）新罕布什尔州议会通过的法律是否构成毁约行为？

尽管在此之前的弗莱彻诉培克（Fletcher v.Peck）一案中，马歇尔已根据美国宪法第 1 条第 10 款（即著名的保护契约条款 ContractClause）宣布个人的财产属于不可被任何法律剥夺的既定权利（vestedright）之一，但在本案中，马歇尔把这一

条款进一步延伸到了法人。

既然韦伯斯特以达特茅斯学院拥有免于州立法干涉的宪法契约权利为由，马歇尔遂着重分析契约条款和达特茅斯学院法律地位的关系。他发现，学院的特许状就是一份契约，特许状所确立的学院是一个私人团体而非像新罕布什尔州议会所认定的那样是一家公共机构。为此，马歇尔开宗明义指出：

“毋庸置疑，本案的种种条件构成了一个契约。向英王申请的特许状是为了建立一个宗教和人文的机构。申请书本身就指出为此目的已有大量捐赠，一旦机构创立，就将转给该机构。特许状获准后，捐赠财产如约转让。可见，完整和合法契约所需之一切要素皆存在于在这一转让中。”

针对被告提出的“契约”一词包含了政府和它的公民之间的政治关系，因此为了公众的利益，州议会有权根据形势的变化通过法律的形式来改变契约的观点，马歇尔认为契约不能作如此随意的理解，契约

是神圣的，它不会因为美国独立而失效，它保证一个法人存在的永久性。在这里，他对法人（corporation）进行了经典性的论证：

“法人是一个人为的、不可分割的、无形的、只能存在于法律的思考中。……作为纯粹是法律的创造物，法人拥有它根据最初的特许状所转让的特权，或有明文规定，或是自其存在之日起附带而来的。此外，它还有能够最好地实现其目标的那些特性。……这其中，最重要的就是它的永久性（immortality），如果还有别的话，便是它的个体性（individuality）。被许多人恒久继承的财产权利可以被看作是同一的，看作是一个单个人的行为。这些特权和特性使一个社团能够管理自己事务，掌握自己财产。……”

就这样，通过马歇尔的解释，宪法契约条款所包含的“财产权”包括了法人的权利，这样一来，以后立法机构对法人组织活动的立法调节都有违反契约条款之嫌。而且，马歇尔还强调了契约条款的目的就

是“要限制未来立法部门对财产权的违反”，从而确立了一项对未来产生重大影响的宪法解释原则：各种形式的产权，不论是个人的还是法人的，也不管是来自契约还是来自市场，都可以得到宪法契约条款的保护。有的美国学者认为“这极大地扩大了契约条款的涵盖范围”。

斯托里（Joseph Story）大法官对马歇尔的看法作了保留。在单独陈述的赞同意见中，他对法人权利作了一定的限制：法人实际上是“在一个特定的名称下由单独的个人联合起来的集合体，它具有组成它的自然人的某些豁免权、特权和能力”。而且，他两度强调：立法机关可以“在法人的特许状中”保留自己的权力，用以“控制或摧毁……某个法人的固有合法权利”。

既然学院是私人团体，州议会就不能干涉学院所拥有的绝对权利，特别是财产权和管理权，因为宪法契约条款的目的就是保护私人产权，它不允许各州损

害州与学院之间最初契约的义务。只要法人的行为或特许状是州与私人团体间的契约，它就免受立法机关的干涉。马歇尔的这一论断极大地保护了私人团体的独立性。斯托里的陈述多少修正了马歇尔判决的绝对性，他认为立法机关可以保留某些特权（prerogatives），包括在法人特许状中规定保留条款，允许立法机关改变或修正特许状。

五、契约神圣 宪政法治保驾护航最高法院的判决，其具体的结果自然是达特茅斯学院获得了新生，由此确定和保证了美国私立学院的独立和自治以及与此密不可分的学术自由。为此，它的校史上写着："惠洛克建立了学校，但韦伯斯特使它重生。"1901年，达特茅斯学院院长指出："毫无疑问，在美国这片土地上，如果有哪个教育机构的名字和它的毕业生甚至它的创办者那样密不可分，那就是达特茅斯学院和韦伯斯特这个名字。"

达特茅斯学院案的成功，使韦伯斯特成为那个时代“律师界的领袖之一”。他对法律和宪法精密的分析和雄辩的论证显示了律师在那个时代的巨大作用。他震撼人心的辩辞证明了英国功利主义哲学家边沁的一个论断：法律实际上是法官和律师共同创造的。通过他们的司法辩护，律师在塑造法律方面发挥着重要影响。一位美国法律史家写到：“毫不夸张地说，马歇尔时代的律师界对法官思想观念的帮助空前绝后，无与伦比。”美国后来的一位大法官也感慨道：那是“美国律师界辉煌的时期，巨人辈出”。

但本案更深远的影响在于，私人团体和民间组织可以像自然人一样获得宪法的保护而免于政府的政治干预。通过把宪法的契约条款用于保护法人权利免受各州的干涉，马歇尔从宪法上极大地限制了各州的权力，结果，不同形式的私人经济和社会活动便拥有了不受各州政策调节和干预的权利。这就鼓励了私有企业、民间组织（如基金会）的蓬勃发展，为 19 世

纪后半叶美国工业化时代的“自由放任”奠定了坚实的法律基础。

英国著名法律权威亨利。梅因教授（SirHenry Maine）曾在1885年撰文指出：达特茅斯学院案的判决成为“许多美国大铁路公司成功的基础”。正是它的原则“在现实生活中保证了对经济力量的充份利用，由此取得了开拓北美大陆的成就”。公司法人的财产权得到了契约条款的严格保护，而在当时，宪法中没有其他的条款能够作到这一点。因此，很多法律史家认为这也是对美国商法的一大贡献。他们认为马歇尔在达特茅斯案及其他一些财产案上的判决“促进了商业，塑造了法律使之符合市场的要求和实践，发展了原则性规范，使之能够与商业交往的机制和对财产能动和广泛的使用相一致”。

但物极必反，到20世纪初，企业法人以契约神圣权来损害个人特别是劳工基本权利的现象屡见不鲜，日趋严重。时代的变迁，也促使最高法院开始缓

慢地对契约权利加以必要的限制。

　　但总的来说，最高法院这一判决使契约神圣性的观念在美国深人人心，契约得到了普遍的尊重。时至今日，每当一个法人团体向政府申请特许状时，有关机构都根据当年斯托里的建议对特许状的内容作一些限制，规定在何种条件下政府有权修改或撤销特许状，作为私人团体与政府协议的一部份。

第六章

联邦至上原则和宪法默许的权力
——马卡洛诉马里兰州案（1819）

在 1776 年发表的《独立宣言》中，北美 13 个英属殖民地宣布脱离英国独立，成为“独立和自由的国家”，但“美利坚合众国”这个国名却是在 1781 年 3 月美国《邦联条例》(Articles of Confederation)生效时才最后定下来的。即便如此，美国仍就是 13 个独立国家的反英联盟，现代意义上的美国联邦政府是在 1787 年美国联邦宪法被各州批准以后于 1789 年 4 月正式成立的，至此，美国在法律上才成为一个统一和独立的国家。

由于独立的各邦（states，也可以说是独立的各国）在先、统一的联邦在后，或者形象地说是先有儿

子、后有老子，美国这样一种独特的建国史使州和联邦的关系错综复杂，剪不断理还乱。究竟是联邦政府拥有唯一的主权，还是各州和联邦同时拥有主权？或者说白了，究竟谁大谁小，谁听谁的，便成为美国建国初年争吵不休的问题。在这一背景下，主张加强联邦政府权力的人结成联邦党，主张维护各州的自主地位的人便成为反联邦党人（antifederalist），并组成民主共和党（Democratic-Republican Party，也称杰弗逊共和党[Jeffersonian Republicans]，今天美国民主党的前身）。

虽说美国宪法第 10 条修正案将联邦权限明文列举于宪法之中，并将未列举的剩余权力归属于各州，似乎表明两者分权泾渭分明，井水不犯河水。但是，美国宪法同时也规定联邦国会可以通过“所有必要和适当的法律”来完成宪法对联邦政府的授权，这就为联邦政府权力的扩张孕育了可能性。

不过，可能性如果要成为一种现实还需要“助产

士”的帮助，在美国，这个把宪法的文本变成现实规范的助产士就是联邦最高法院的大法官们。美国建国初期，他们对马卡洛诉马里兰州（McCulloch v. Maryland）案的审理和判决，部份地理清了联邦与州的关系，确立了法院在解释宪法方面的权威地位。

一、税收小事情 原则大问题当年13个“独立和自由的邦”之所以制定宪法、组成联邦，其一个重要原因就是整合内部商业和统一对外贸易。制宪前，各州为了争夺商业利益不断争吵，商战频繁。联邦成立后，各州依然倚老卖老，我行我素，常常以牺牲联邦的利益为代价追求本州的利益。

但各州遇到了一个强有力的对手，这就是华盛顿政府的第一任财政部长汉密尔顿。如果说华盛顿的威望和品德巩固了新成立的联邦政府的话，那么，是汉密尔顿的天才维护了联邦政府的顺利运转。他上台后首先承诺偿还联邦政府期间欠下的内外债务，因为它

们是“获得自由的代价，美国的信誉曾一再作为对此的保证”，据此，他重建了政府的信用。

作为坚定的联邦主义者，汉密尔顿力主仿照英格兰银行模式建立一个美国的中央银行——合众国银行（bank of the United States），存放联邦基金，为兴建跨州的道路和运河等全国性项目提供必要的资金。由于宪法中没有授权国会建立这一银行，国务卿托马斯。杰弗逊和国会领袖詹姆斯。麦迪逊（均为民主共和党人）坚决反对建立银行。1791 年年初，美国国会经过激烈辩论后通过了财政部长汉密尔顿提出的《关于建立国家银行的报告》，决定建立第一合众国银行。

华盛顿总统在签署这一法案前倾听了支持和反对建立银行的两派意见。他告诉汉密尔顿：除非他能够回答杰弗逊和麦迪逊等人的质疑——即宪法没有授权联邦政府建立中央银行的问题，否则，自己不会签署这一法案。为此，汉密尔顿写下了著名的意见书，

提出在宪法中“既有明示的权力，也有默许的权力”，由于政府所管理的事务错综复杂千头万绪，因此宪法所授予政府的权力应该“从宽解释”，根据宪法中“必要和适当”条款，总统为履行宪法赋予的责任，必须有“极大的行动自由”。华盛顿被说服了，遂签署了该法案。

第一合众国银行虽然建立了起来，但国会只给了它 20 年的经营特许状。1811 年特许状到期后，民主共和党人控制的国会做一天和尚撞一天钟，不再续发特许状，废了该行。

第二年（1812 年），美国因为英国在拿破仑战争（1803—1815）中强征美国海员、破坏美国与欧洲大陆的中立贸易、鼓动和联合美国西部印第安人部落反美等原因与英国交恶，爆发了第二次美英战争（1812—1814）。虽然美国勉强打赢了这场战争，但国内经济却因为战争期间的封锁和破坏而困难重重，军费的增加和战债的发行使本来就很脆弱的联邦

财政更加混乱不堪。当时，美国市场上合法的货币只有金银两种，金银货币又重又大，携带不便，民众纳税还债时只好选择地方银行发行的纸币。而地方银行鱼龙混杂，管理不善，造成纸币泛滥，信用全无，面值大跌，形同废纸。

为了整顿这一混乱的局面，更是为了支付政府欠下的战债，国会的民主共和党人不得不再走联邦党人的老路，在 1816 年通过了建立第二合众国银行(the second band of the United States ）的法案，授予它为期 20 年的经营特许状。当年最激烈反对建立第一合众国银行的詹姆斯。麦迪逊此时已是美国总统，为形势所迫，他也不得不签署了该法案。

第二合众国银行拥有发行纸币、代理国库的职能，但其资本的五分之四为私人所有，主要业务也为私人所控制，因此严格说来不是一个政府银行。

第二银行开张营业后，逐步改善了全国混乱的金融秩序，但同时多少也抢了各州州立银行的地盘和生

意。后者为此把它视为眼中钉肉中刺，纷纷对它加以限制，其中马里兰州（Maryland）最为积极。为了把联邦银行挤走，马里兰州议会通过了一项税法，规定未经州立法机关核准特许（chartered）的银行，每年必须一次性向马里兰州缴纳 15000 美元的营业税，或者在其所发出的票据上贴上马里兰州的印花，并据此向州政府纳税，否则不得在马里兰州营业。矛头直接指向了设在该州巴尔的摩市的联邦分行。

但该州联邦分行也毫不含糊，主动出击，拒绝交税。1818 年春末，根据事先安排，巴尔的摩联邦分行的出纳员詹姆斯。马卡洛（James McCulloch）向分行主任解付了一大批未贴有印花税的钞票，不久，这批钞票开始在巴尔的摩市内流通起来。马里兰州政府遂向州地方法院控告马卡洛违反州税法，法院判马卡洛败诉并罚款 100 美元。马卡洛在联邦政府的支持下将案子上述到马里兰州的上诉法院，但该院维持原判。

二、最高法院接案 宪法新解释出台 100 美元事小，但州政府是否有权征税却是个原则问题。在马卡洛的要求下，马里兰州的上诉法院要求联邦最高法院下达“错案复审令”（writ of error.这是普通法中上诉人的一项权利，上诉人可以要求下级法院向上级法院送交案卷，请它就该案的法律运用是否得当进行审查），对此案进行复审。而这正是马歇尔（Marshall）法院求之不得的，因为当时社会上不光是关注合众国银行课税是否合乎宪法这个问题，而且对联邦政府所采取的改进国内基础设施的一些项目是否合法也存在忧虑。

1819 年 2 月 22 日，联邦最高法院开庭审理马卡洛诉马里兰州案。凭着直觉，首席大法官马歇尔一眼就看出此案的重要性，不再囿于当事人每方只能聘请 2 位律师的成规，允许双方各请 3 位律师。

合众国银行搬出了当时的“梦之队”：著名大律

师威廉。平克尼（William Pinkney）、联邦政府总检察长威廉。怀特（William Wirt）和刚刚为母校打赢官司的丹尼尔。韦伯斯特（Daniel Webster）。平克尼是美国初期的著名外交家和政治家，出使过英国和俄国，作过联邦总检察长，当过半届参议员。从 1815 年开始到 1822 年去世，他是马歇尔法院上最出色的庭辩律师。当时的法院书记员被他的魅力所征服，认为他是“最聪明的人”。就连马歇尔也认为：在推理方面没有人能像平克尼那样“清晰而又透彻”，是他“作为大法官所见过的最了不起的人”。因此，马歇尔在好几个案子中干脆照搬平克尼的辩辞。

被告的律师以马里兰州检察长马丁（Luther Martin）为首。马丁也不是一般人物，他虽然是马歇尔的同辈人，但却参加过 1787 年费城（Philadelphia）的制宪会议，自认为对宪法的本意有着最权威的理解。1778-1805 年间他是马里兰州的检察长，1818 年他 70 岁时重新出山，再次成为该州的检察长。作为当

时最有名的律师之一，1807 年他在马歇尔负责的联邦巡回法院(最高法院大法官同时还兼任联邦巡回法院的法官。到 19 世纪末 ,最高法院的工作日益繁重，国会才在 1891 年通过法律，允许他们不再兼任巡回法院法官，设立专门的巡回法院法官)，不顾杰弗逊政府的政治压力和社会舆论的批评，帮助前副总统布尔 (Aaron Burr) 打赢了“叛国罪”的官司，名噪一时。(为布尔辩护不仅损害了马丁的声誉，而且也让他蒙受经济损失。虽然布尔逃过了联邦巡回法院的定罪，但他同时还面临俄亥俄地方法院对他反政府阴谋的指控，为此马丁为他支付了 2 万美元的保释金，结果布尔却跑到法国去了，保释金自然没收。打完马卡洛案后 ,马丁不慎中风 ,影响了智力 ,晚年入不敷出，相当凄凉。1822 年马里兰州议会特别通过一项决议，呼吁全州律师每人捐献 5 美元帮助马丁度过困境。但不到一年，1812 年又从法国回到美国的布尔此时通过当律师发了一笔财，遂把马丁接到自己纽约的家中

作为食客，直到 1826 年马丁过世。）

这场由 6 位大律师出场的法庭辨论可谓是 19 世纪最精彩的司法大战。从 1819 年 2 月 22 日到 3 月 3 日，围绕着联邦和州的关系、宪法的含义以及抽象的主权理论，双方唇枪舌战，你来我往，辨论了整整九天。

利用其他人都不具备的优势——亲身参与过宪法的制订，马丁大谈特谈必须遵从“宪法制定者当时的解释”,而这个解释就是制定者反对“默示的权力”，因此，国会无权建立宪法没有授权的合众国银行。他进一步指出：退一步说，即使国会有权这样作，各州“也可以在自己的版图”内对其行使征税权。他承认：费城会议没有对征税主体得出令人满意的结论，但是，各州在批准讲座宪法时都明确表示了“除了关税以外，州的征税权是绝对没有任何限制的”。为了加强自己的说服力，他甚至找出当年维吉尼亚州批准宪法代表大会的类似观点，而这一观点恰恰就是当时的代表、

现在的首席大法官马歇尔提出的。

听了马丁的慷慨陈词，马歇尔差点吓出一身冷汗。他告诉自己的法官同事："我很担心自己在批准宪法的辩论中说过蠢话，还好，它们不像我想象的那么糟。"

虽然这次庭辩是马丁律师生涯中最精彩的一次，也丝毫不亚于他的对手，但他还是没能赢得这场官司。3月6日，最高法院以7比0作出判决，推翻了州法院的决定。

在判决词中，马歇尔大量地借助于平克尼等原告律师的论据，并借题发挥，阐发了联邦党人对联邦与州关系的看法。在马歇尔看来，此案涉及了三个至关重要的问题：第一，究竟是各州分别拥有主权，还是合众国人民集体拥有主权？第二，国会准许成立联邦银行是否符合宪法？第三，如果符合宪法，马里兰州是否有权对其征税？

在第一个问题上，针对马里兰州律师搬用的美国建国之父托马斯。杰弗逊（Thomas Jefferson）提

出的“中央政府的权力是由各州委托的，后者才是唯一真正拥有主权的；中央政府权力的行使必须服从于唯一保有最高统治权的各州”的著名论据，马歇尔考察了宪法起源的历史，他指出：美国联邦宪法曾提交给各州人民讨论，并由他们特别选举出来的代表会议批准通过而“获得充份权威”，因此，其结果是联邦“政府直接产生于合众国的人民，并以合众国人民的名义‘确认和建立’”。各州的确拥有主权，但是这一主权与联邦的主权发生碰撞时，州的主权必须服从于联邦的主权，因为“联邦政府断然是而且真正是一个属于合众国人民的政府。无论从形式上还是内容上，它都是来源于人民。它的权力是人民赋予的，并直接对人民和为人民的福祉而行使”。这段论述成为美国联邦主权经典性的界定，从根本上动摇了州权至上理论的全部依据。

关于第二点，被告又搬用维吉尼亚州 1790 年对国会通过准许成立第一合众国银行法律的抗议，以及

杰弗逊对该法律的批评。他们认为，美国宪法第 10 条修正案明文规定未授予联邦政府的权力由各州保留，同时各州又有管理商业的权力，而银行便是一种应由州政府管理的商业机构。宪法并没有授权联邦政府建立银行这类法人团体，尽管宪法允许国会通过一切必要的法律来保证宪法所授予的权力，但建立合众国银行并不属于必要的法律之列。1811 年以来这类银行不复存在即可证明。

对此，马歇尔一方面承认联邦政府只是宪法所规定的权力部门之一，只能行使宪法所授予它的那些权力，但另一方面，他引用汉密尔顿 1791 年关于建立银行的意见书，并对汉密尔顿的思想进行了强有力的阐述，提出了解释宪法的“默许权力理论”（implied power doctrine）。他注意到，尽管宪法所规定的联邦政府权限中没有建立银行这类法人社团的内容，但与宪法的前身《邦联条例》中邦联所授权力都要“确切表述”不同，它没有排除“附带的或默许的各种权

力。"

马歇尔进一步认为，联邦政府不是依据一部试图解决一切问题的、包罗万象的法典所建立的，相反，宪法只是给出了联邦政府结构及权力的总纲，列举了其最重要的职责，而它的其他权力则可以"根据这些职责的本质来推导出来"。最后，他得出掷地有声的结论："我们决不能忘记这是一部需要我们解释的宪法。"

从宪法的起源和本质这一前提出发，马歇尔论证了联邦政府建立第二合众国银行的正当性。宪法明确赋予了联邦政府如下的权力：征税、举债、调节商业、建立军队和宣战等。因为这些规定符合国家的根本利益，所以国会应该拥有行使这些权力的具体手段。就本案而言，合众国银行就是一个执行国家财政政策的基本和有效的工具。鉴于宪法的第一条第 8 款授权联邦政府通过"执行其上述权力所必要和适当的一切法律"（史称"necessary and proper" clause，必要

和适当条款），第二合众国银行的建立和存在合乎宪法。

最后，对一个州是否可以运用宪法保留给它的征税权来向联邦银行课税这一问题，马歇尔强调：根据宪法第 6 条的规定，宪法和联邦法律“都是全国的最高法律”（史称“Supremacy Clause”第 6 条最高条款），国会有关建立合众国银行的法律高于各州的法律。州的征税权虽然重要，但它受制于宪法。一个州不能向它的主权管辖不及的法人主体课税。如果允许一个州对联邦银行课税，那么它也可以向其他联邦机构诸如邮政、铸币、专利、海关和联邦法院课税。这样一来，马歇尔引用韦伯斯特的话说：“州的征税的权力就会演变为毁灭的权力”，各州就可以完全粉碎美国人民在宪法所确定的“政府全部目标”。“这决不是美国人民所希望的。他们无意于让他们的政府依赖于各州。”因此，他的结论是：“各州无权利用征税或其它方式阻滞、妨碍、拖累或以任何方式控制国会

为行使已授予联邦政府之权力而制定的合宪法律的实施。”

三、联邦是否至上 主权急诊难了马卡洛诉马里兰州案的影响几乎和1803 年马伯里诉麦迪逊案一样重大而又深远。 正像马歇尔给同事斯托尼（Joseph Story）大法官的信中所称，如果马里兰州的看法获胜流行，“宪法就会转变成原来的邦联”。

通过这一判决，马歇尔提出和实践了解释宪法的“默许权力理论”，并利用这一理论推翻了马里兰州的一项法律（税法）和一项判决。不仅如此，更重要的是，他还解释并实践了宪法第 6 条的规定（supremacy clause），特别是第 1 条第 8 款第 17 项的“必要和适当条款”。马歇尔认为这一条款出现在列举国会权力的第 1 条第 8 款中，而不是出现在限制国会权力的第 9 款里，这说明它的含义是扩大而非降低国会行使其授权的能力。这就是宪法授予联邦政

府的“默许权力”。在判决中，他对此作出了如下的经典表述：

“联邦政府虽在其权力方面受到限制，但在其行动范围以内却是至高无上的。”

“像所有的人都必须承认的那样，我们也承认政府的权力是有限的，而且这种限制是不能逾越的。但是我们认为，对宪法的正确解释必定允许联邦的立法机构有权自由决定执行宪法授权所需采用的手段，以便使该机构得以按照最有利于人民的方式履行其既定的崇高职责。如果目的是合法的，如果它又是在宪法所规定的范围内，那么，一切手段只要是适当的，只要是明显适合于这一目的，只要从未被禁止过，并且是与宪法的文字和精神相一致，就都是合乎宪法的。”

对这一案件的判决在当时就引起了很大的争议，马里兰等州都不服气，它们认为第二合众国银行主要不是一个联邦的机构，而是一个以盈利为目的、外带

一些为政府服务功能的商业银行，在它的 3500 万美元的资本中 80%的股份为私人所有，私人股东控制了董事会五分之四的席位。俄亥俄州干脆就不接受判决，照常对合众国银行征税。为了表明对最高法院判决的不满，一位征税官跳过营业所的柜台，直接从合众国银行地方分行的保险柜中“劫走”了 10 万美元。

面对一些法学家有关联邦性质和宪法真谛的非常专业的批评，马歇尔也不得不在报纸上先后以“联邦之友”和“宪法之友”的笔名发表一系列反驳文章，进行论战，为这一决定辩解，进一步阐述他的联邦观和宪法观。

倡导州权的人则尤为痛恨马歇尔对美国宪法的“从宽解释”、对“默许权力”的阐述，杰弗逊在私下里甚至鼓励公民反对这个判决。甚至连亲自签署成立《第二合众国银行法》的前总统麦迪逊对马歇尔的判决也有微辞。作为宪法之父之一，麦迪逊对宪法有相当深入的研究，在其总统任期内，他也比较支持最

高法院某些有助于加强联邦政府的判决。尽管如此，他相信“把普遍和抽象的原则与这一特定案子交织在一起是不合时宜的”，马歇尔判决的真正危险是“给予任意解释宪法的高度赞许，而这种解释方式看来会打破旨在规定国会具体权力的界标，会取代目的与手段之间明确的联系，会取消国会立法应有的慎重，其结果是无法再对国会加以可行的限制”。

在他们的影响下，1820 年维吉尼亚议会通过决议，表达他们对马卡洛案“最严正的抗议”，建议成立一个新的法院来决定涉及宪法“这个契约之下各州政府和联邦政府权力”的问题。显然，最高法院的一个判决，马歇尔的雄辩言辞，无法从根本上解决联邦与州复杂的权力关系，特别是南方各州对自己主权根深蒂固的认同问题，只有内战的炮火才最终解决了这个问题。不过，就事论事而言，民主党总统杰克逊（Andrew Jackson）最终替他的民主党前辈报了一箭之仇，1832 年，他以违反州权、剥削民众为由否

决了国会延长第二合众国银行特许状的法律。

麦迪逊表示出的担忧不无道理。后来很多的保守派学者也认为，马歇尔对联邦至上的阐发使国会几乎可以任意立法，联邦机构可以随意管制。马歇尔对宪法的这种广泛解释，使联邦政府可以随着社会的需要根据这一“必要和适当”条款来通过新的法律，从而不断扩大其管理权限。

基于对宪法的这种理解和解释，美国政府终于在1912 年建立起了永久性的中央银行——美国联邦储备银行系统，而政府对社会经济生活的干预最终在 20 世纪 30 年代富兰克林。罗斯福（Franklin D.Roosevelt）“新政”（New Deal）中达到了顶点。此后，美国联邦政府几乎卷入了美国人生活的方方面面，从社会保障到文教事业，从个人自由到集团权益，到处可见政府干预之手。各级政府特别是联邦政府因此日益庞大，臃肿不堪，官僚机构尾大不掉，最终在 20 世纪 80 年代出现了倡导“政府不是解决问题的办

法，政府本身就是问题”的里根（Reagan）革命。

第七章

打破地方保护主义

——吉本斯诉奥格登案（1824）

先有独立的各州，后有统一的联邦，美国这一独特的建国史使各州拥有广泛的权力。

各州虽有权管理州内的工商业，但不得不把管理州与州之间的经济活动（美国宪法称之为 interstate commerce “州际贸易或州际商务”）权力让渡给联邦政府。根据美国宪法第 1 条第 8 款的规定，管理对外贸易、州际贸易和与印第安部落的贸易属于联邦国会的权限。但纸上的规定要化为法律的实践还需要一个过程，而 1824 年的吉本斯诉奥格登案（Gibbons v.Ogden）为联邦最高法院确定联邦政府州际贸易权提供了绝好的机会。

一、狼烟乍起 汽船垄断引发争议要弄清楚这个案件，不能不从大名鼎鼎的汽船发明人罗伯特。富尔顿（Robert Fulton）说起。

富尔顿是位爱尔兰裔美国人，沉醉于蒸汽动力船（汽船）的发明，但苦于资金不足，便跑到法国，向当时称雄欧洲大陆的法国皇帝拿破仑一世推销他的发明，寻求拿破仑的资金支持。他告诉拿破仑，他的这项发明将帮助法国控制海洋，从而制服它的老对手英国。但拿破仑有眼无珠，把富尔顿看作是一个美国骗子，根本不相信他会发明出可以使用的汽船。穷途末路之际，富尔顿遇到了一个来自祖国的伯乐——托马斯。杰弗逊（Thomas Jefferson）总统派往法国的外交公使罗伯特。利文斯顿（Robert Livingston），他当时在法国的任务是谈判购买法国控制下的密西西比（Mississippi）的出海口新奥尔良。

利文斯顿可非等闲之辈，有钱又有地位，曾经是

纽约的第一位大法官，当年华盛顿的首次总统就职典礼就是他主持的。他不仅极具政治头脑，利用拿破仑扩充国库进行战争的需要买下了整个法属路易斯安那，使美国的版图一下子扩大了一倍，而且也有非凡的商业眼光，极有远见地预料到汽船的价值，毅然向富尔顿的发明投资。为了确保收回投资，1801 年，他利用关系说服纽约州议会通过法律，给予他和富尔顿在纽约州水域垄断汽船运输的特权。他最主要的理由是这一投资的风险太大了，不如此不足以保证他们的利益回报。

经过 6 年的反复试验，富尔顿的第一艘汽船“克莱门特”号（Clermont）终于下水了。纽约州议会惊喜万分，在 1808 年又对 1801 年的特许状作了有利于垄断的修改。它规定，未经利文斯顿和富尔顿的允许，任何汽船都不得进入纽约州水域。如有胆敢闯入者，利文斯顿和富尔顿有权予以扣压。同时，他们又以保护富尔顿发明的汽船的专利为由，把汽船航行

的垄断权进一步延长为 30 年。

这种地方保护主义的作法激怒了其他进行汽船试验的航运商人，其中一位深受其害者是新泽西州（New Jersey)商人埃伦。奥格登(Aaron Ogden)。与利文斯顿一样，奥格登也是亦官亦商，独立战争期间是华盛顿麾下大陆军的上校，后又担任一届联邦参议员，故在新泽西州很有影响，1811 年他当选为该州州长。在他走马上任前夕，新泽西州议会通过对纽约州的报复性法律，授权该州公民，如果他们的汽船被利文斯顿和富尔顿扣压，他们也可以扣压任何一艘在该州水域的纽约州船只。

纽约州则以牙还牙，不甘示弱，在 1811 年 4 月通过一项新法律 :进入纽约州的外来汽船不仅将被扣压，而且将由该州法院审判。

奥格登为官不误经商，他找到一位叫丹尼尔。杜德（Daniel Dodd）的能工巧匠，共同投资建造了一艘改进型汽船“海马”号（Sea Horse），在新泽西

州水域风营运。他仿效利文斯顿的作法，说服新泽西州议会授权他和杜德垄断新泽西州水域的汽船营运，其他营运者都要向他申请执照。

奥格登这样作的目的不是想从发照中赚钱，而是出于与纽约州斗争的需要。在他的建议下，1814 年 2 月纽约州政府为解决汽船垄断引发的争端召开了一次听证会。此时已不再担任州长的奥格登极力向参加听证的纽约州官员说明：以保护专利为名进行的汽船垄断毫无意义，富尔顿的汽船是对另一位先驱者弗奇（Fitch）发明的改进，而杜德又改进了富尔顿的设计，因此，任何垄断都无法遏制发明创造。尽管听证会的参加者向州议会建议结束给富尔顿的垄断权，但州议会固执己见，强调法律的神圣，拒绝接受听证会的建议。

奥格登不仅未能摆平与纽约州的争端，更糟糕的是他后院起火，富尔顿的律师跑到新泽西州议会，要求它撤消授予奥格登的发照权，并称“如不取消这一

法律，贵州就将成为毛贼大盗的庇护所”，因为奥格登的所作所为就是试图剽窃富尔顿的劳动成果。奥格登的律师则强调新泽西州有权抵抗这种压迫性的垄断体制，否则该州的公民就会为纽约州所奴役。

虽然新泽西州仍然保留了报复纽约州的法律，但奥格登本人的事业却屡遭挫折。先是他所在的政党在州议会选举中失利，接着新议会又在 1815 年取消了给予奥格登的特许权。内外交困之中，奥格登只好从纽约的利文斯顿那里买下了从其家乡伊丽莎白城到纽约这条航线的垄断经营权，为期十年，以摆脱财政上的困境。由此，他从一个反垄断的斗士褪变成一个垄断者。谁料想，他刚开始经营不久，一位年轻的船主便向他发起了挑战。

二、铁心打官司 吉本斯叫板奥格登这位后来者叫汤姆斯。吉本斯（Thomas Gibbons），是位来自乔治亚州（Georgia）的种植园主，富有而又敢于冒

险。看到汽船航运有利可图，他便在伊丽莎白城的一个小河口建了一个码头，购买了汽船，请范德比尔特（Cornelius Vanderbilt，他后来成为著名的铁路大王）驾驶，在奥格登的眼皮底下大模大样地经营起到纽约的航运业务来，大抢特抢奥格登的生意。这一做法显然违反奥格登的特许权，当地法院遂判吉本斯侵权，责令他立即停业。吉本斯一气之下闯到奥格登家要和他单挑决斗，奥格登拒绝，反告他私闯民宅，结果吉本斯被罚款 8000 美元。

冷静下来之后，聪明的吉本斯想出了一个变通的办法来应付法院的决定。他开着自己的汽船在新泽西的沿岸接送零星的散客，然后把他们送到伊丽莎白城奥格登的船上。奥格登对这一增加自己客源的作法自然不会反对，但利文斯顿不干，他认为奥格登只能运送伊丽莎白城的客人到纽约，而不能运送来自新泽西其他地方的乘客，而吉本斯的作法等于他直接参与了特许航线的营运。

利文斯顿把奥格登和吉本斯两人同时告到法院，指控他们联手损害他的垄断权。法院判奥格登和吉本斯败诉，奥格登继续营运，但吉本斯的生路却断了。

吉本斯越想越窝火，便旧案重提，再次与奥格登打起了官司，只不过地点由新泽西的法院改为纽约的法院。虽然吉本斯告的是奥格登，但奥格登的特许权又是从利文斯顿和富尔顿这两个大垄断者那里买来的，因此，实际上涉及的却是可恶的地方保护体制。

审理此案的是纽约大法官詹姆斯。康德（James Kent）。此公学识渊博，经验丰富，声望极高，就连联邦最高法院大法官遇到难办的案子都要向他移樽求教，而他的判决书更是律师资格考试的必读书。康德的司法哲学非常保守，那就是法官必须阻止社会对个人权利的压制。对这个案子，他的态度非常明确：利文斯顿和富尔顿的 30 年特许权是一项神圣的个人产权，必须得到尊重。

但吉本斯也念念有词，强调他的船经过合法登记，

拥有从事沿海州际贸易执照。而且，根据美国宪法，只有国会才有权管理州际贸易。

康德回答说，国会的确拥有州际贸易的管理权，但各州却保有管理州内贸易的全权，所以它有权授予利文斯顿和富尔顿 30 年垄断权。纽约只是禁止外州汽船的进入而没有禁止其他船只如帆船。吉本斯的执照只是纳税的凭证，而非他自己所称的贸易执照。为此，康德判吉本斯败诉。

吉本斯拒不服输，决定把案子上诉到联邦最高法院讨个公道。虽然最高法院已决定在 1821 年审理此案，但由于程序上的原因，一直拖到 1824 年才开庭。到那时为止，最高法院还从未就宪法中州际贸易条款作过判决。

为了打赢官司，吉本斯找到在达特茅斯学院诉伍德沃德（Dartmouth college v.Woodward）案中名扬四海的丹尼尔。韦伯斯特（Daniel Webster）以及联邦政府检察长威廉。怀特（William Wirt）作

原告律师。为预防不测，吉本斯重写了自己的遗嘱，留下一笔 4 万美元的巨额遗产给他的继承人来继续打这场官司——如果他遇到不测的话。看来，吉本斯是乌龟吃秤砣，铁了心要把官司打下去。

奥格登也不含糊，请到了著名大律师威廉。平克尼（William Pinkney）作他的律师。正当大家准备看这两位大律师如何较劲时，平克尼却在接下案子后不久去世。但代替平克尼的厄梅特(Thomas Ernmet)也非等闲之辈，他是来自爱尔兰的移民，在爱尔兰他先是学医行医，后来改行成为律师。他积极参加反对英国对爱尔兰统治的政治斗争，为此坐了 4 年大牢，出狱的条件是离开爱尔兰，就这样，1804 年他经法国来到美国纽约，不久成为纽约的著名律师，1812 年成为纽约州的检察长。对他来说，奥格登的事就是纽约州的事，因此，他决心全力以赴打赢这场官司。

三、韦伯斯特慷慨陈词 马歇尔妙语破题 1824

年 2 月 4 日最高法院开庭，一场长达 5 天的智力较量开始了。双方律师使出浑身解数阐明他们对宪法的理解。大法官詹姆斯。韦恩（James Wayne）后来曾评论说：“就律师的辩论所表现出的渊博学识和非凡智慧”而言，没有哪一个案子能够超过吉本斯案。在长达 240 页的最高法院裁决书中，有 186 页记载双方律师的精彩辩论。

韦伯斯特的陈述相当巧妙，他先对詹姆斯。康德的渊博知识和能力表示敬佩，接下来描述了汽船航运垄断在纽约、康涅迪格和新泽西三州间形成的敌对气氛：它们各自为政，相互报复。这一景象难免令法官们想起宪法通过前美国各州以邻为壑的“商战”。针对康德的主要论点“汽船垄断并没有违反国会的任何禁令或现存法律”，韦伯斯特声称，国会是唯一有权管理州际贸易的机构，它的无所作为是为了让商人可以自由地经商，没有禁令、未制定规则正是管理州际商业的一部份，这不足以证明各州可以各行其是，只

为少数人牟利，而康德的立场似乎在暗示州际商业该由州和联邦双重控制，这种强调各州权力的论调“是十分有害和危险的，如果予以接受，无人能知道它止于何处”。这样，韦伯斯特就把问题从商业条款转到了当时流行的联邦与各州共同拥有主权这一至关重要的问题上。

韦伯斯特指出，就本案而言，吉本斯已注册从事沿海贸易，如果国会没有要其他的营业执照，这样一个执照就足矣。联邦政府允许他从事州际商业，是州法在限制他。怀特接着补充说，从联邦政府的角度，纽约、康涅迪格和新泽西三个近邻州因汽船垄断“几乎处于战争的边缘，施加善意和公正的干预是最高法院的崇高职责”，他不无危言耸听地警告道：“法官先生们，如果你们不施以友好的援手，根除纽约州播下的无政府的种子，你们将会面对一场内战！”他还进一步解释说：为什么利文斯顿和富尔顿没有向联邦专利机构申请合法的专利权（可以保护 14 年），而转而

向纽约州寻求垄断特许权呢？因为纽约州给了他们更优惠的条件，但这已侵害了其他人的权利，也超越了州权的限度。

奥格登的律师则强调必须从严解释联邦宪法，因为宪法第 10 项修正案明确规定，未授予联邦和未禁止各州行使的权力属于各州。据此，他在康德判决的基础上进一步辩护说：宪法并没有规定航行水域归联邦政府专管而与所在的各州无关，授予汽船航行垄断权就如同修建和管理公路和运河一样，各州有权决定。他还对宪法中的州际商业条款咬文嚼字，认为“商业”（commerce）的含义只是“物物交换”，即贸易，因此，吉本斯所从事的客运业务不在其中，不属于州际贸易。

法庭辩论受到广泛的报道，令万众瞩目，成为当时美国的一大热门话题。因为这时，连密西西比河流域的俄亥俄州也效法纽约通过了不允许纽约州船只进入本州的法律，这意味着汽船战将从沿海蔓延到密

西西比河。更重要的是，刚刚两年前，当时的门罗（James Monroe）总统否决了国会通过的一项兴建州际公路的法律，而其根据就是宪法对国会授权有限：宪法的“唯一授权是征收与外国贸易的关税，并防止各州间征收关税”。因此，吉本斯案的判决直接关系到对国会权力范围的理解这一至关重要的问题。

在原定的判决之日，大家都涌向最高法院，翘首以待，打算聆听首席大法官马歇尔的裁决。但节外生枝，马歇尔在拜访门罗总统时从马车上摔下造成肩膀脱臼，结果只好推迟到 3 月 2 日再开庭判决。尽管肩伤未愈，但因事关重大，年近古稀的马歇尔还是颤颤巍巍地宣读了最高法院以 7 比 0 作出的判决。

一如既往，马歇尔首先确定了解释宪法的两个原则：必须从宪法文字的“自然的含义”（natural sense）来理解宪法；特定的宪法权力范围应该考虑“授予这一权力所要到达的目的”。为此，他首先从“商业一词的含义入手进行分析。

马歇尔指出，“商务”一词不仅仅是辩护律师所云的“买卖”或“物品交换”（the interchange of commodities），它更是一种“流通”（intercourse）。它涵盖的是国与国之间、不同国家地区之间所有形式的商业流通，受制于开展这种流通而制定的规定。难以想象这种管理国与国之间的制度将排除所有有关航海的法律。他提醒听众说：宪法中让联邦政府管理外贸，包括航海，是当年美国人民接受这一政府的主要原因。在引用了宪法第 1 条的第 9 款——“开往和离开一州的船舶不得被强迫在他州入港、出港或交纳关税”——后，他说：“这些言词直接涉及到航海。”

在否定了辩护律师客运不是一种商业后，接下来的问题是，在国会没有立法的情况下，各州是否能够制定各自的管制州际交通（interstate traffic）的法规？如果没有，纽约州是否依然可以把汽船垄断看作是管理其州内事务的一部份？显然，康德法官和辩护律师对后一个问题的回答都是肯定的。

在这关键时刻，马歇尔的话音却由于肩伤疼痛而低了下来，听众都涌到前排想听个仔细。

马歇尔不紧不慢地解释说：宪法中有关外贸和州际商业条款中的商业显然不完全是一州的内部事务。“在管理对外商业时，国会的权力也不会受到这些州管辖范围的限制。如果不能超越各州的司法管辖界限，国会的权力也就一无是处。美国与外国的贸易也是全美国范围内的贸易。……如果航行开始或止于某一州内的港口，那么，就可以在该州行使国会的权力。”因此，如果国会愿意，它是可以管理汽船运输的。

针对国会没有通过具体的管理法律各州就可以自行其是的观点，马歇尔接受了韦伯斯特的说法：在特定场合，国会的无所作为并不是说国会没有权力，最多只能说明它决定不行使这一权力。他进一步指出：国会早在 1793 年就通过了《沿海航运法》，对从事沿海贸易的船只给予登记和发照，此法虽没有单独提及汽船，但也没有排除，这说明“在国会观念中，汽

船和帆船一样可以登记和获得执照”，如果仅仅因为它们是以蒸汽为动力而非以风帆为动力而不允许在特定水域航行进入港口，岂非咄咄怪事？

马歇尔借机再次阐明了宪法中的最高条款：“纽约州的法律与国会的法律相冲突，剥夺了国会法律赋予一个公民的权利”，因此，“纽约州的法律必须服从国会的法律……，在任何这类情况下，国会的法律是至高无上的”。

但令韦伯斯特遗憾的是，马歇尔没有进一步就州和联邦是否同时拥有主权这个至关重要的问题展开讨论。倒是由托马斯。杰弗逊（Thomas Jefferson）任命的威廉。约翰逊（William Johnson）大法官态度更为明确，他在附议中表示，即使国会没有授予吉本斯沿海贸易的执照，纽约州授予的垄断权也是无效的，因为宪法只授予国会管理州际贸易的权力。

四、水域开放 国会管理大权确立马歇尔和最高

法院的判决是：纽约州建立汽船垄断的法律与联邦法律相抵触，因此无效，康德法官的判决也自然被推翻。为此，马歇尔深表遗憾。

对被告奥格登来说，这项判决令他百感交集。他当年为之奋斗的目标——铲除汽船垄断以他现在的失败这种形式实现了，这无疑是一场悲剧。就其个人而言，他没有丝毫的欣慰，因为他付出了太多。在和吉本斯的官司中，他入不敷出，多亏邻居的帮助才免于因欠债而坐牢的命运。汽船没有了，官位也丢了，他只好在海关谋了一个征税员的小差事，聊度余生。

吉本斯案的直接后果非常明显，用当时报纸的话说是“现在水域开放了”（The waters are now free）。另一份报纸描述了汽船乘客的反映是“欣喜若狂”：船票降低了，航线增加了，选择更多了。仅仅一年时间，从纽约到马里兰巴尔的摩的汽船从 4 艘增加到了 43 艘。消除了垄断，不仅使各主要河流都有了新开辟的汽船航线，而且，纽约的港口也由于往来船只的

猛增而出现了前所未有的繁荣。这再次证明了一个简单的道理：在一个市场经济中，地方保护主义只能带来短暂的好处，长远来看，只有冲破地方保护主义的壁垒贸易才能发展，经济也会随之繁荣。

马歇尔对“商业”（commerce）的从宽解释——包括“所有的经济交流和交换”（all business & intercourse），不仅把水域从各州的各自为政中解放出来，而且为美国未来的发展提供了一个自由的空间和牢固的法律保证。此后五年不到，美国的第一辆火车上路了，美国开始了它的蒸汽机时代，它广袤的西部得以迅速而又全面地开发。由于汽船案有例在先，任何看来会妨碍州际交通和货物自由流通的地方法律法规都会被判定违法，地方再也无法为了自己局部的利益而牺牲国家的前途。

但这一案件深远的法律意义在于，它大大扩大了联邦的权力。国会管理商业的权力是宪法授予联邦政府最重要的一项权力，如何解释，意义重大。威廉。

道格拉斯（William Douglas）大法官就认为，州际贸易条款是联邦政府“广泛权力的源泉”，而正是马歇尔在吉本斯案中的裁决确定了联邦在管理商业方面所拥有的前所未有的广泛权力。这样一来，州际贸易条款成为联邦政府最大的权力来源。

进入 20 世纪后，最高法院进一步扩大了联邦政府管理州际贸易的权限，现代的反托拉斯法（antitrust act，即反垄断法）、劳工法甚至民权法的某些方面都是基于宪法中的州际贸易条款。在保护州际商业的名目下，联邦国会开始承担起广泛的社会和经济责任。从此，不论是空中航线，还是地下的输油、输气管线，或是地面的汽车火车，或是电话、电报、电视和电脑网络，其传递的都是州际贸易的内容，可以在全美畅通无阻，物质、资金、人员和信息得以更广泛和更迅速地自由流动。

尽管马歇尔对宪法商务条款做出了有意义的解释，但对这一案件实际上涉及到的一个更为重要的联

邦与州的权力问题，马歇尔却回避了。控辩双方的律师都承认，吉本斯案基本上是一个有关“联邦与州双重主权的案子”（concurrent sovereignty case），问题的关键是州把控制州际贸易的权力委托给联邦政府后，而联邦政府尚未行使这一权力时，各州是否还拥有这一权力？

韦伯斯特的观点很明确，宪法所列举的国会权力是“独一无二的”（exclusive），国会是否行使这些权力则无关紧要。厄梅特的立场则是，各州的确把某项权力委托给国会，但是，在国会没有采取行动与各州权力发生磨擦并占领这一领域之前，不能排除各州共同（concurrently）行使这一权力。

从马歇尔的意见书看，他的立场是：第一，各州可以自由调节州内的商务；第二，国会拥有专有的权力来调节州际贸易；第三，即使国会没有行使这一权力时，各州也没有这个权力。虽然他基本上接受了韦伯斯特的论据，但他回避了在韦伯斯特观点的基础上

进一步批评联邦和州双重主权论这一政治上极为敏感的问题，而采取就事论事的态度。因此，它没有解决美国内战前联邦与州之间的主权争论这一重大宪政难题。

五、盖棺定论 马歇尔成为美国宪政第一人虽然吉本斯案之后马歇尔又在大法官位置上坐了 12 年，审理了无数的案件，撰写了许多精彩的判决书，但至此，他在美国宪政史上的地位已经奠定，不可动摇。通过马伯里诉麦迪逊案（Marbury v.Madison）、马卡洛诉马里兰州案（McCulloch v.Maryland）、达特茅斯学院诉伍德沃德案（Dartmouth college v.Woodward）和吉本斯诉奥格登案（Gibbons v.Ogden），马歇尔把纸上宪法的文字变成了生活中实实在在的宪政。律师出身的美国总统詹姆斯。加菲尔德（James A.Garfield）对马歇尔有生动的评论："他找到的是（宪法）骨架，但却赋予它血肉之躯。"

（He found a skeleton，and he clothed it with flesh and blood）

马歇尔历史性地加强了最高法院的权威，当之无愧地享有“伟大的首席大法官”（the great chief justice）、“华盛顿之后的第一人”之美誉。在美国对法官历史功绩所作的历次评估中，马歇尔永远是高踞榜首。

看到马歇尔为加强新生的美国的法治、特别是联邦政府权威所做出的种种努力和贡献，已经告老还乡的美国第二任总统亚当斯(John Adams)非常开心。在任命马歇尔为首席大法官 25 年后，他夸耀说：“马歇尔是我送给美国人民的礼物，这是我一生最为自豪的事情。回忆我一生所作的事，没有比这更令我愉快的。”说这话时亚当斯大概忘了他当时并不看好马歇尔，马歇尔只是他的最后的也可以说是临时的选择。因此，有学者称：“马歇尔被任命为首席大法官是那些改变历史进程的巧合之一”。

另一个令人难以相信的事实是，这位如此了不起的法官所受的基础教育和法律教育却是如此之少。马歇尔只上过一年的私塾，剩下的时间主要是父亲的耳濡目染，而他父亲所受的教育也极为有限。1779-1780 年冬，利用美国独立战争的间隙，马歇尔暂时离开华盛顿的大陆军，到维吉尼亚的威廉-玛莉学院听了不到三个月的法律讲座，期间还坠入情网，在学业恋爱两不误的情况下完成了法律训练。看来，马歇尔的经历证明，至少在 19 世纪上半叶，经验而不是学历是成为伟大法官的首要条件。

充份的政治经验，丰富的生活阅历，“法律速成班”的训练，使马歇尔不像很多法官律师那样拘泥于法律的条条框框，死抠案件的末枝细节，而具有一种高瞻远瞩的战略眼光，一种依法治国的雄心壮志，一种纲举目张的办案能力。一位美国学者非常精辟地概括了马歇尔的司法理念：“在其漫长的法官生涯中，有两个持久不变的概念主导着马歇尔：一是联邦国家

的主权，二是私有财产的神圣。”靠着这两个观念，马歇尔坚韧不拔，披荆斩棘，终于把最高法院确立为美国宪法的最终解释者，并利用这一角色为美国的强大奠定了法治的基础。

第八章

引发美国内战的司法判决
——斯科特诉桑弗特案（1857）

美国女作家斯托夫人（Harriet E. Beecher Stowe）1851 年出版的名著《汤姆叔叔的小屋》（Uncle Tom's Cabin，清末大翻译家林纾把此书意译为《黑奴吁天录》，出版后风靡一时）描述了美国南方黑奴的苦难，揭露了南方奴隶制的野蛮，激发了美国北方废除奴隶制的强大呼声。林肯（Abraham Lincoln）总统称斯托夫人为“酿成一场大战的小妇人”。

但实际上，酿成一场大战的并非这位小妇人，而是 1857 年斯科特诉桑弗特（Scott v. Sandford，1857）这个司法大案。在该案中，美国最高法院裁

决黑奴不是美国公民，并以违宪为由废除了旨在限制奴隶制扩张的 1820 年《密苏里妥协案》。这个判决不仅从宪法高度维护了奴隶制，而且激化了本来已尖锐对立的南北争执，堵塞了以妥协手段解决南方奴隶制问题的道路，对南北战争的爆发起到了推波助澜的恶劣作用。斯科特案不仅被美国学者列为美国宪政史上最糟糕的判例，而且被认为是引发南北战争的一个重要的原因。

那么，被尊为镇国之柱的美国最高法院为何会做出这种在今天看来是荒谬绝伦的司法判决呢？被誉为社会良心和公平正义化身的最高法院大法官为何会容忍和保护像奴隶制这样不可思议的邪恶呢？这一切都要从美国宪法中有关奴隶和奴隶制的条款谈起。

一、美国宪法暗藏杀机 1789 年生效的美国宪法是人类历史上第一部成文宪法，后人不无夸张地赞扬

它是“上帝作坊的神来之笔”和“人类大脑所能做出的最佳政治设计”。但是，承认奴隶制却是这部宪法的一个致命硬伤。

有人可能会说：有没有搞错了啊？如果把 1789 年宪法从头到尾细读三遍，里面连一个“奴隶”或“奴隶制”这样的字眼儿都找不到，凭啥说这部伟大的法律文献承认奴隶制呢？

一点儿不错，在这部宪法中的确找不到“奴隶”或“奴隶制”这样的词汇，那是因为制宪者使用了诸如“劳役或劳动之当事人”、“所有其它人口”这类曲笔。（美国宪法有多种中译本，本文涉及美国宪法条款的引文采用李道揆教授的译文。见李道揆著：《美国政府和美国政治》，北京中国社会科学出版社，1990，附录：《美利坚合众国宪法》，第 760、第 751—752 页。）由此看来，制宪者也不认为奴隶制是什么值得公开夸耀的好东西。

在北美大陆，奴隶制的存在和发展比美国立宪建

国的历史要早得多，说它根深蒂固、势力强大恐怕一点儿也不夸张。在资本主义起家的原始积累年代，殖民主义、种族主义和资本主义密不可分。对自由、土地和财富的追求，是欧洲移民远涉重洋来到新大陆的主要动机。北美殖民地南部地区气候温暖，土地肥沃，河流流速缓慢，适于大面积灌溉农田，尤其适合种植棉花和烟草。为了追求规模经济效益，南方一些富有的种植园主建立了很多规模巨大的庄园，并大量使用从非洲进口的黑奴充当廉价劳动力，形成了阶级压迫与种族奴役融为一体的南方奴隶制。

北美新大陆荒无人烟，原野广袤，土地田产并不稀罕，很多普通南方移民拥有的田产已超过了欧洲旧大陆的财主乡绅。他们急需的是劳动力资源。所以，在南方，移民要靠种田发财致富，就必须拥有一定数量的廉价劳动力，否则田产置得再多也是白搭。这样，不仅那些富甲一方的种植园主，而且包括那些含辛茹苦、略有积蓄的普通南方移民，虽然嘴上念叨着公正

仁慈的上帝，但却无法拒绝奴隶劳动带来的巨大利益的诱惑，大量投资金钱购买黑奴。

与来源短缺、逃亡较多的白人契约奴相比，从非洲大批进口的黑奴身体强壮，习惯南方炎热气候，熟悉简单农业劳动，人口繁殖率高。而且，他们人生地不熟，语言不通，难以逃亡。从黑奴的文化背景看，当时非洲大陆部落战争频繁，战败一方沦为胜者的奴隶理所当然，加上欧洲殖民者在非洲煽风点火、挑拨战乱，使猎奴战祸连绵不绝，野蛮的奴隶贸易昌盛一时，成为当时非洲和美洲之间一项最主要的买卖。

在南方奴隶制形成的同时，反对奴隶制的呼声也随之在北美大地响起。早期来到新大陆北部蛮荒之地的移民中有很多人是逃避专制迫害的清教徒，这些追求自由和正义的白人“政治移民”深受宗教和人性原则影响，从一开始就激烈地反对和排斥奴隶制。此外，北方气候寒冷，土地贫瘠，地理和经济条件不易实行奴隶制，所以奴隶制在北方未能盛行，而是形成了以

城镇工商业和小农业为主的经济结构。

在独立战争和立宪建国初期，财大气粗的南方种植园主为打天下立下了汗马功劳。开国元勋华盛顿将军就拥有大量黑奴。在殖民地革命的危难之秋，他毅然出任大陆军总司令要职，拒绝领取任何薪俸报酬，无偿地为自由和独立而战。华盛顿麾下很多著名的将领也来自强悍尚武的南方蓄奴州。因此，在建国后的最早五位美国总统中，有四位来自南方蓄奴州弗吉尼亚州，故有“弗吉尼亚王朝”的戏言。由总统任命的最高法院大法官自然也以来自蓄奴州的人选占据多数。据统计，在出席 1787 年费城制宪会议的 55 位立宪代表中，有 9 人是种植园主，有 15 人是奴隶主，有 14 人曾任法官，有一半的人是律师，他们对于从宪法高度维护私有财产极为重视。依照当时很多州的法律，奴隶是殖民地居民财产的一部份，而财产是不能被政府任意剥夺的。说白了吧，一帮有钱有势的富人聚在一起吵吵闹闹制定出的一部国家根本大法，一

个重要目的就是维护富人的私有财产，他们岂能自挖墙基？

想当年，北美新大陆殖民者奋起反抗专制暴政，在《独立宣言》中喊出了“人人生而平等”的口号，但与此同时，包括华盛顿和杰弗逊在内的革命领袖、立宪先贤以及相当多的一部份殖民者却奴役大批黑奴，并且在宪法中对奴隶制予以正式承认和保护，这岂不是一个极大的矛盾吗？

说来话长。西方的人权理论和民主制度固然源远流长，但几千年来，人权和民主基本上只是少数贵族和富人享用的奢侈品，穷人、奴隶、妇女从未被包括在内。欧洲旧大陆第三等级资产阶级先富起来之后喊出了“自由、平等、博爱”的口号，北美新大陆殖民者在反抗专制的斗争中举起了“天赋人权”的旗帜。但是，根深蒂固的种族偏见和对财富的强烈贪欲并不是任何正义的口号和善良的愿望所能轻易改变的。美国史学名家霍夫斯塔特(Richard Hofstadter)认为：

“私有财产权神圣，个人处置和投资财产的权利，以及在宽广的法律范围内个人的自利与自主（self-interest and self-assertion），自然地演化为一个有益的社会秩序，一直是美国政治理念的主要原则”，与此同时，“美国的传统也强烈地偏好平等主义式的民主，但是，这种民主却是贪欲的民主，而不是博爱的民主”。

1776 年杰弗逊起草《独立宣言》第一稿时，曾把支持奴隶贸易、将奴隶制强加于北美殖民地列为英王的罪状之一，但因南方州奴隶主的反对而被迫删除。在费城制宪会议期间，北方州反对奴隶制的立宪代表深知，当前面临的严峻任务是建立一个既有足够的权威维护各州共同利益，同时又不损害各州主权和公民权利的联邦政府，而不是废除奴隶制。所以，北方州做出妥协，承认了“一国两制”的局面，换取南方蓄奴州对立宪的支持。同时南方州也做出了一定的让步。

1789 年宪法中直接涉及到奴隶或奴隶制的条款

有 5 条，间接涉及的条款则有十余项之多，其中最重要的条款有 3 项，即“五分之三条款”、“奴隶贸易条款”和“逃奴条款”。

宪法第 1 条第 2 款第 3 项规定：当按照各州人口比例分配国会众议院的席位和联邦直接税时，一个黑奴等于五分之三的白人“自由民”。既然黑奴是奴隶主的财产，既无人权又无选举权，那为何在决定国会席位时又被认为是“五分之三”的人呢？这种荒谬绝伦的宪法岂不是在搞假民主吗？这里的奥妙在于，当时南方蓄奴州人口的总数在减去黑奴之后远远低于北方州人口总数，而奴隶制在北方各州已经或即将被废除，南方州担心，联邦政府建立后北方自由州将会在按人口比例分配的国会众议院占据优势地位，从而可能通过有损南方州利益的法案。所以，南方州坚持要求将奴隶人口计入自由人口总数之内。最后南北双方达成“五分之三条款”妥协，南方州在获得较多代表权的同时，同意按一个黑奴折合五分之三自由人

的比例向联邦政府多交联邦税。

宪法第 1 条第 9 款第一项规定：在 1808 年之前，即在宪法生效 20 年之内，国会不得立法禁止进口奴隶的贸易。这一条款既可以理解为制宪者对奴隶制的让步和承认，但同时也可以被解释为对奴隶制扩张的限制。据此规定，南方州在立宪后可以有 20 年的时间继续从事奴隶进口贸易。南方奴隶主们估算，20 年后南方所需奴隶将可以从国内黑奴的后代中得到补充，所以同意达成妥协。

宪法第 4 条第 2 款第 3 项保证：逃亡外州（即非蓄奴州）的黑奴，被抓获后必须物归原主，继续为奴。这一规定使对南方州奴隶制的保护宪法化，也是对自由和人权高调的极大讽刺。

另外，依照联邦与州之间的分权原则，凡是宪法未授予联邦政府也未禁止各州使用的权利均归各州行使，这样，决定奴隶制废存的权力完全归属各州，联邦无权干预。保护公民个人权利和自由的《权利法

案》被解释为只针对联邦政府但对各州毫无约束力的奇特现象，实际上也与宪法对奴隶制的默认有直接关系。

1789 年美国宪法的伟大意义和历史地位固然不可低估，但是，这部理应简明扼要、字字珠玑的成文宪法，在奴隶制问题上花费了如此之多的笔墨，实在是令人吃惊。想当年，在制宪过程中，南北双方就奴隶制以及联邦与州之间的权限问题达成了一系列妥协。然而，出乎所有人意料之外的是，这些妥协条款实际上暗藏杀机。后来，它们不仅成为南方奴隶制在立宪建国后继续肆无忌惮地发展和扩张的宪法基础，而且最终成为引发南北分裂和内战的一个深层原因。

今天的宪法学家们承认，在立宪建国时美国废除奴隶制度是不可能。制宪先贤无意制定一部千古流芳、万世永存的宪法，也没想要设计一个虚无飘渺、脱离现实的人间理想国，他们当年关注的是对上层统治集团权力的限制和制衡，是对有产阶级私有财产和民主

权利的宪法保护。立宪的过程，实际上就是有产阶级中各个利益集团之间在财产和政治利益方面合作与妥协的过程。当年的制宪者本着对历史和现实问题“宜粗不益细”的原则，极为明智地把废除奴隶制的历史难题留给了后人。

可是，宪法中涉及奴隶制的一系列妥协条款以及这部文献在很多问题上含糊不清、语焉不详的特点，却使后人陷入了难以解脱的宪法危机，为南北战争的爆发埋下了定时炸弹。

二、奴隶制扩张与宪政危机 1789 年美国宪法确立了“一国两制”、财产权高于人权、州权高于人权、联邦无权干预奴隶制等一系列原则，使奴隶制在美国不仅难以废除，而且还在宪法的保障下继续在南方各州盛行发展。宪法生效时，联邦内共有 13 个州，其中 7 个州是已经宣布或即将宣布废除奴隶制的自由州，另外 6 个州为蓄奴州。

应当指出的是，由于宪法的保护，南北双方对最初 6 个蓄奴州中的奴隶制问题并无争执。引发宪政危机的真正原因，是如何处理奴隶制蔓延扩张到新开拓的疆土上这样一个法无明文的宪政难题。

美国独立之后不断向四周扩张疆土，1787 年通过与英国谈判得到了位于五大湖区的西北领地（Northwest Territory，包括如今美国的俄亥俄、印第安纳、伊利诺伊、密执安、威斯康星诸州和明尼苏达州东部），1803 年从法国购入路易斯安那领地（包括如今美国的阿肯色、密苏里、爱达荷、北达科达、南达科达、内布拉斯加、俄克拉荷马诸州，以及明尼苏达、蒙大拿、怀俄明、科罗拉多和路易斯安那诸州大部或一部），接着又通过战争和强买从墨西哥夺得西南领地（如今得克萨斯、新墨西哥、亚利桑那、加利福尼亚州一带），并且在这些领地上逐步建起新州。谁料想，国势昌盛反而成了争吵分裂的根源，正是在新开拓的联邦领地和新建的州中是否允许存在

奴隶制的问题上,南北双方闹得水火不容,剑拔弩张。由于宪法有关奴隶制的规定模棱两可、模糊不清,这就给联邦政府和国会造成了极大困惑,南北阵营只能通过妥协暂时缓解危机。

反对奴隶制的阵营认为,宪法中有关奴隶制的妥协条款只是一种缓兵之计,制宪者的最终目标是消灭奴隶制,所以,应当象处理一场火灾一样建立防火墙,只有把奴隶制的罪恶之火隔离在一个有限的区域里防止蔓延,将来才有可能扑灭。基于这一考虑,1789年,联邦国会通过了 1787 年邦联国会制定的《西北领地法令》,规定在西北领地上新建的州不得实行奴隶制,但允许奴隶主到此地区追捕逃奴。

支持奴隶制的阵营认为,制宪者承认了奴隶制的合法性,宪法中的妥协条款是为了保障奴隶制的发展。建国立宪后,南方移民为开拓疆土奋勇当先、浴血奋战,从土著印第安人和墨西哥抢夺了大片土地。在这片广阔天地里,如果只允许北方资本家下山摘桃、创

业发财、为所欲为，却唯独不允许南方奴隶主带着奴隶和财产安家立业、拓荒致富，显然于情于理都是极不公正的。这样，延续最初的南北地理分界线，一些新州允许实行奴隶制。

从 1791 年到 1819 年，一共有 9 个新州加入联邦，其中 4 个州以自由州身份加入，5 个州以蓄奴州身份加入。到 1819 年时，联邦内一共有 22 个州，自由州和蓄奴州同为 11 个州，双方在参议院的力量势均力敌。

但是，这一平衡在 1819 年遇到挑战。当年 2 月，位于路易斯安那领地的密苏里州要求以蓄奴州身份加入联邦时，南北双方发生了严重争执。在当时的国会力量对比中，北方因人口增长较快，已经牢固地占据了众议院多数席位。这样，南北双方在参议院保持同等席位便成为维持南北力量均衡的唯一有效机制，无论密苏里州以何种身份加入联邦，都会打破这个均衡。在美国的宪政体制下，由于每一个州在参议院都

拥有两个固定席位的宪法条款，使南方奴隶制陷入了一种“不扩张即灭亡”的宪政困境，而北方既无法容忍奴隶制无限制地扩张，也绝不会听任蓄奴州占据参议院多数席位。

天无绝人之路。这时，原属马萨诸塞州的缅因地区要求单独加入联邦，此举为解决宪政危机提供了转机。1820 年，南北双方达成妥协，国会同意接受缅因以自由州身份加入联邦，接受密苏里州以蓄奴州身份加入联邦，以保持南北阵营在参议院投票权的平衡。为了防止再次发生类似危机，国会决定以北纬 36 度 30 分为界，对剩余的尚待建立新州的路易斯安那领地进行划分。此线以南地区允许奴隶制，此线以北地区(密苏里州除外)禁止奴隶制，但允许逃奴法施行。此项法案史称 1820 年《密苏里妥协案》。

可是，《密苏里妥协案》只是暂时缓解了南北双方围绕路易斯安那领地产生的冲突，并没有从根本上解决实质性问题。随着联邦领土的日益扩大和准州像

走马灯一般不停地申请加入联邦，南北之间的矛盾冲突一波未平一波又起，仇恨和积怨日益加深，宪政危机愈演愈烈。对此，联邦行政当局焦头烂额、束手无策，国会两院争吵不休、一筹莫展。

在此历史背景之下，联邦最高法院1856至1857年期间对斯科特诉桑弗特一案的审理便显得格外引人注目。

斯科特（Dred Scott）是一个黑奴，1833年被主人卖给蓄奴州密苏里州的一位名叫艾默森（John Emerson）的军医。1834年至1838年期间，斯科特跟随艾默森先后在自由州伊利诺伊州和威斯康星自由联邦领地（后来建成威斯康星州和明尼苏达州）的军营里居住过4年。1838年，斯科特随从主人重新回到密苏里州。1843年艾默森去世后，根据其遗嘱，斯科特成为主人遗孀艾默森夫人的财产。

1846年，在白人废奴团体的帮助下，斯科特向密苏里州地方法院提出申诉，要求获得人身自由。斯

科特的律师声称，斯科特曾在伊利诺伊州和威斯康星联邦领地居住过 4 年，因两地均禁止奴隶制，所以他在两地居住期间的身份应是自由人而非奴隶。根据州际之间相互尊重州法律的原则以及密苏里州“一旦自由，永远自由”的州法，斯科特获得自由人身份之后即使重新回到蓄奴州密苏里州，其自由人身份也不应被剥夺。

经过漫长而艰辛的诉讼，斯科特案终于在 1856 年 2 月上诉到最高法院。在此期间，艾默森夫人已再嫁，斯科特在法律上被转让给艾默森夫人的弟弟桑弗特（John F.A.Sandford），所以此案史称斯科特诉桑弗特案。

可能有人会奇怪，斯科特一介奴隶之身，为什么能够在蓄奴州密苏里州的法院提出法律诉讼，并且成功地把这起诉讼官司一直打到联邦最高法院呢？

是这么回事：如果斯科特案发生在原始蓄奴州之一的南卡罗来纳州，那么斯科特的起诉根本就没戏。

但是，密苏里州是立宪建国后新建的蓄奴州，有关黑奴的州法不象原始蓄奴州那样野蛮苛刻，黑奴拥有为自己的人身自由上法院喊冤告状的权利。1850 年，密苏里州地方法院做出了对斯科特有利的初审判决，使斯科特在法律上暂时具有了密苏里州公民身份。此外，作为艾默森夫人法定代理人的桑弗特是纽约州居民，处理不同州公民的法律纠纷属于联邦法院管辖范围，这样，斯科特案自然可以名正言顺地向联邦最高法院上诉。斯科特的律师则认为，斯科特跟随主人在威斯康星联邦领地的联邦军营里住过两年，由于联邦政府对这一地区拥有管辖权，所以斯科特实际上已具有美国公民身份，向联邦最高法院上诉是顺理成章之事。

三、最高法院火上浇油经过长达一年之久的犹豫不定和左右摇摆，1857 年 3 月，联邦最高法院终于以 7 比 2 五票之差驳回了斯科特的上诉。主审此案的

是年逾 80 的首席大法官坦尼(Roger B.Taney ,1836—1864 任职), 他亲自执笔撰写法院判决书，从分析制宪者的“原始意图”（Original Intent）入手，对最高法院多数派的立场进行了详尽的解释和辩护。

斯科特案判决涉及到三个重大宪政问题：第一，斯科特是否可以被视为美国公民并具备在联邦法院申诉的资格和权利？第二，斯科特从蓄奴州随主人来到自由州或自由联邦领地短暂居住后是否能使他自动获得人身自由？第三，国会是否有权力在联邦领地内禁止奴隶制？

对于第一个问题，坦尼法官明确宣布斯科特不是美国公民。

坦尼的法律根据是：在立宪建国之前，只有州公民，没有美国公民。当联邦宪法正式生效时，联邦管辖下的各州公民自动成为美国公民。但是，由于黑人只是奴隶主的财产，在宪法生效时不具有州公民资格，所以他们没有自动归化为美国公民。联邦成立之后，

将居民归化为州公民属于各州政府的权力，将居民归化为美国公民属于联邦政府的管辖权，州公民已不能再自动成为美国公民。换句话说，过了这个村就没这个店了。尽管立宪建国后一些北方州立法解放黑奴，使获得自由的黑人成为州公民，但由于没赶上联邦宪法生效的好年景，州公民已无法自动成为美国公民。所以，斯科特不具备美国公民身份，不能享有美国公民受联邦宪法保障的公民权利，不具备在联邦法院诉讼的资格。

坦尼进一步解释说：黑人的美国公民身份和宪法权利问题根本就没有被制宪者放在心上。制宪者从来就没有把被视为财产的黑人包括在宪法中的“人民”（people）、“公民”（citizens）和《独立宣言》中“人人生而平等”的“人人”（all men）等概念之中，“他们非常清楚地理解他们所使用的语言的涵义，也清楚地知道其他人将会如何理解这种涵义。他们知道，任何文明世界都不会将黑人种族包括在内，也知道黑

人种族将根据公意总是被排除在文明政府和国家之外，命中注定要成为奴隶。”

应当说，坦尼法官对制宪者忽视黑人公民权利的这番解释基本上合乎历史事实。在当时的历史环境下，即使是猛烈抨击奴隶制的林肯总统也同样漠视黑人的公民地位和宪法权利。林肯虽然从道德上反对奴隶制，但他并不认为黑人可以成为美国社会中拥有宪法权利的平等一员。1858 年 9 月，即斯科特案判决后第二年，林肯公开表示：“我声明，我从来不赞成白种人和黑种人以任何方式获得社会上和政治上的平等。我从不赞成给黑人以投票权。黑人不得成为陪审员，不具备担任公职的资格，不得与白种人通婚。”林肯对黑人的基本观点是：给奴隶以自由，然后将他们送回非洲。

实际上，在黑人的美国公民身份问题上最高法院大法官的回旋余地很小。首先，大法官的职责只是解释宪法，可是，在涉及到奴隶和奴隶制的十余处宪法

条款中根本就找不到应视黑人为美国公民的法律依据。其次，假设坦尼在判决中承认了黑人的美国公民地位，那么必然会引申出黑人的选举权、陪审团资格、人身保护令特权等一系列宪法问题。在当时奴隶制盛行的南方州，这种判决有可能导致政治灾难和社会动乱，有可能导致南北战争提前开打。所以，指望最高法院能做出一揽子承认黑人是美国公民这种骇世惊俗的判决，显然超出了当时的历史条件。

如果坦尼大法官头脑清醒，在判决黑人不是美国公民之后见好就收，终止审理这个百年难案，他有可能作为最高法院历史上最著名的大法官之一而永垂青史。遗憾的是，一意孤行的坦尼沿着歪门邪道一直走了下去，一直走到黑灯瞎火、陷入绝境。

对于第二个问题，坦尼大法官明确无误地裁定：斯科特从蓄奴州到了自由州或自由联邦领地短暂居住过后，不能自动获得人身自由。

斯科特短暂居住过的伊利诺伊州是根据禁止蓄

奴的《西北土地法令》新建的自由州，斯科特的律师认为，这是斯科特应自动获得自由人身份的重要法律依据。针对这一问题，坦尼在判决中认为，当西北土地于 1787 年归属合众国管辖时，邦联政府徒有虚名，联邦尚未成立，因此，西北土地的真正拥有者是 13 个原始州，联邦政府成立后通过的联邦法令照理不得损害 13 个原始州人民的利益。如果黑奴斯科特随主人在伊利诺伊州短暂居住就使他自动拥有自由人身份，那将是对蓄奴州人民利益的严重损害，这显然是不公正也不合法的。

坦尼进一步认为，奴隶制和奴隶的人身自由问题是制宪者绝对和无条件地保留给各州管辖的权利，联邦无权过问，因此，斯科特的命运只能由州法院定夺。然而，这种州权至上的观点却不可避免地与 1820 年《密苏里妥协案》产生了冲突。因为，斯科特短暂居住过的威斯康星联邦领地原是 1803 年路易斯安那购买领地的一部份，因其位于“密苏里妥协线”（北纬

36 度 30 分）以北，所以成为一块禁止奴隶制的联邦自由领地。斯科特的律师认为，这是斯科特应自动获得自由人身份的另一个重要法律依据。

这样，就自然地引申出《密苏里妥协案》的合宪性问题。对此，坦尼大法官在判决书中毫不含糊地裁定：根据宪法，国会无权在联邦领地禁止奴隶制，1820 年《密苏里妥协案》是一项违宪法案。

坦尼论证道：联邦政府是各州人民的代表，在制订对联邦领地的管理法规时，国会不得任意剥夺任何美国公民的合法权利。他引证宪法解释说：“财产权利与个人权利相结合，被宪法第 5 修正案置于同样地位。它规定，不经正当法律程序，任何人不得被剥夺生命、自由和财产。如果合众国公民未曾违反任何法律，仅仅因他自身或带着他的财产进入合众国的某一特定地域，就被国会法案剥夺自由或财产，那么，这项法案就难以承当正当法律程序的尊称。”据此，坦尼宣布 1820 年《密苏里妥协案》因违宪而被取消。

自马歇尔大法官在半个世纪前就马伯里诉麦迪逊案开天辟地第一次确立了司法部门的司法审查权之后，这是美国最高法院第二次启动司法审查权的尚方宝剑，其目的竟然是从宪法高度维护奴隶制！

如果单纯从法律角度看，坦尼大法官对这个问题的判决无可厚非。奴隶制虽然是南方从历史继承下来的一种罪恶制度，但这种制度在立宪建国时得到了宪法的承认和保护。在一个法治社会中，恶法也是法。在宪法文献《联邦党人文集》第 10 篇，美国宪法之父麦迪逊明确指出：宪法的第一目的就是保护财产权利，就是保障私有财产神圣不可侵犯。因此，如果仅仅因奴隶主携带黑奴在联邦自由领地短暂居住就被自动剥夺拥有“财产”的权利，那实际上与“打土豪、分田地”的政策区别并不太大。

但是，如果从政治角度看，坦尼法官的判决荒唐得令人难以置信，它宣告“一国两制”土崩瓦解，奴隶制向联邦领地和新州蔓延扩张名正言顺。这个判决

不仅从宪法高度维护了奴隶制，堵塞了以法律手段解决南方奴隶制问题的道路，而且坚定了南方蓄奴州依法捍卫奴隶制的决心，使 1861 年执政的林肯总统处于“违法乱纪”的被动地位，对南北战争的爆发起到了推波助澜的恶劣作用。因此，斯科特案不仅被美国学者列为美国宪政史上最糟糕的判例，而且被认为是引发南北战争的重要的原因之一。

针对斯科特案判决，一位名叫布兰特（William Cullen Bryant）的北方诗人兼编辑义正词严地宣称：“如果联邦最高法院的这项决定成为法律，奴隶制度将不只是蓄奴州所称的特有制度，而是一种联邦制度，是所有州的共同传统和耻辱。……从此以后，联邦政府的管辖权扩展到哪里，锁链和鞭笞也会随之而去。凡是有美国国旗飘扬的地方，就表示那里有罪恶的奴隶制。如果真的如此，星条旗上闪耀的五星和象征晨曦的红霞应该抹去，应该染成黑色，应该绘上皮鞭和镣铐。我们能俯首贴耳地接受这种对宪法的新解释吗？

决不！决不！”

四、私有产权与奴隶制人们可能会有一个疑问：最高法院大法官标榜不偏不倚，号称公平正义，被誉为宪政法治的捍卫者，那么，在斯科特案中，多数法官们为什么会做出明显偏向南方蓄奴州的荒谬判决呢？

一种比较流行的解释是：法律的实质是阶级统治和压迫的工具，所谓公平正义只是小资沙龙里的痴人说梦。在坦尼法院中，来自南方蓄奴州的法官占据了多数席位，首席法官坦尼出身于南方名声显赫、富甲一方的种植园主家庭。因此，奴隶主大法官的阶级地位早已预先决定了他们的司法观念和荒唐判决。

这种解释当然很有道理，但令人困惑的是，在1841 年著名的美国诉阿米斯达号案（United States v.Amistad，1841）判决中，奴隶主大法官占多数的坦尼法院却以 8 比 1 的绝对多数（来自北方州的

Henry Baldwin 法官投了唯一的反对票）做出了有利黑奴的裁决，使杀死白人船主的黑奴不但被无罪开释，而且还获得了人身自由。坦尼法院对这个案件的判决主要基于两个理由：其一，涉案黑奴不是合法意义上的奴隶，他们的暴动属于反抗劫持、争取自由的自卫行动；其二，此案的初审地点在自由州康涅狄格州，根据宪法，联邦无权干预各州在奴隶制问题上的法律。这个案例说明，仅仅用法律的阶级性来解释斯科特案判决是远远不够的。

坦尼法官 1777 年生于蓄奴州马里兰极有名望的种植园主家庭。由于当时南方仍然残留欧洲旧大陆长子继承权的封建宗法传统，身为次子的坦尼无资格继承祖传的庄园田产，只能从家庭遗产中继承一些黑奴作为金钱补偿。“无田一身轻”的坦尼潜心研读法律，30 多岁时已成为名闻遐迩的大律师，并先后出任马里兰州和联邦政府司法部长等要职。1836 年，他接替马歇尔出任首席大法官职务。在坦尼任职前期，联

邦最高法院的威望和地位稳步上升。

坦尼虽然在法律上维护南方奴隶制，但在内心深处他认为奴隶制是一种不道德的制度，应当以渐进性的方式逐步废除。坦尼本人不但无偿解放了自己名下的全部黑奴，而且在金钱上资助那些得到自由后因年高体弱而难以维生的奴隶。这种相当于主动放弃一笔巨额私人财富的举动，无论在当时和现在都堪称令人钦佩。在此问题上，《独立宣言》的起草人、第三任总统杰弗逊相形见绌。此公“人人生而平等”、“禁止奴隶贸易”之类的高调儿喊得比谁都高，但崇高理想从未落实到个人行动上。尽管杰弗逊有意解放黑奴，但由于挥霍无度，负债累累，他不得不卖掉自己的绝大部份黑奴抵债。古往今来，为道德而抛利益，并非凡人甚至伟人都能达到的境界。

可是，当做出司法裁决时，“私德”高尚的坦尼却从宪法高度维护奴隶制。作为来自南部的法官，坦尼对南部在联邦中处于“劣等地位”（state of

inferiority）的命运深感不安，担心激进的北方废奴运动摧毁南方的社会秩序。坦尼的司法哲学是：根据宪法，究竟是保存还是废除奴隶制是一项完全属于各州的权力，而法官的唯一职责就是遵循制宪者的“原始意图”解释宪法。所以，一项判决即使与法官个人道德观点相冲突，一项裁定即使不够公平正义，也应严格地遵循宪法条款行事。法官不应在裁决中搀杂个人道德观点，不应破坏正当程序、私有产权神圣以及联邦制与州之间的分权制衡原则。如果从单纯的法律角度看，坦尼的观点自有其道理。

那么，什么是制宪者的“原始意图”呢？其实，关于奴隶制问题，制宪者自身也是一脑门子浆糊。常言道，法律和制度设计永远是灰色的，社会和民情的生活之树常青。任何人间智慧都不可能设计出万世永存的法律和制度。制宪先贤杰弗逊非常精辟地强调：“美国宪法属于活着的人，不是属于死者。”美国宪法的一个重要特点正是具有弹性和张力，遣词用语模

糊宽泛，为后人解释宪法留下了空间。

可是，坦尼法官对斯科特案的判决却无视北方州已立法废除奴隶制以及南方州已被迫承认在一部份联邦领地和新州不得实行奴隶制的现实，把本来模棱两可、尚有妥协余地的奴隶制问题“清晰明确”地解释为一种受宪法第 5 修正案保护的联邦制度，在妥协与原则之间彻底丧失了平衡，最终引发了宪政崩溃、南北开战的极端局面。

如果认真分析坦尼法官对斯科特案的判决，人们会注意到，在正当程序、州权至上等理论的背后是私有财产不可侵犯的神圣信条。在南方蓄奴州，土地和黑奴构成了居民私有财产的主要形式，二者缺一不可。另外，奴隶主并非仅占南方白人居民 5%左右的“一小撮”，而是占 25%左右的“一小片”。（据统计，当时 25%的南方白人家庭拥有黑奴，但大多数奴隶主仅拥有 4 至 5 名黑奴，只有 10%左右的奴隶主拥有 20 名以上黑奴。）以奴隶主私有产权为核心的奴隶制

经济是南方州社会稳定和经济发展的基础。

在 1787 年费城制宪会议期间，南卡罗来纳州长、著名制宪代表拉特利奇（John Rutledge，1789—1790 出任联邦最高法院大法官，1795 年任首席大法官）明确宣称："宗教和人性与奴隶贸易问题均不沾边，惟有利益才是所有国家的统治性原则。"拉特利奇关于利益的直言一语道破了南方奴隶制的实质。北方之所以未经暴力就废除了奴隶制，主要是因为实行奴隶制毫无经济效益。南方奴隶主死活不肯放弃奴隶制，甚至不惜与北方兵戎相见，自有其深刻的经济根源。诺贝尔经济奖得主、芝加哥大学经济史教授福格尔（Robert William Fogel）指出："那些统治南方的奴隶主们，并非死死抱住一种使他们得不到利润、阻碍他们的经济增长以及使自由民和奴隶的收入同样受到压抑的濒临死亡的经济制度。不管奴隶制度对黑人而言是多么沉重的枷锁，它却为自由民创造了相当可观的繁荣。"所以，尽管奴隶制是一种极不道德

的罪恶制度，但在巨大的经济利益诱惑下，道德和正义被抛到了九霄云外。实际上，当涉及财产和经济利益问题时，道德与法律的冲突或脱节是一种相当普遍的现象。即使在美国，要求政府官员公布他们的财产、个人收入及其来源以便广大民众监督，这种属于基本道德规范的“阳光”法律也是迟至 1978 年才由国会正式通过的。

一个重要的历史和经济背景是，当年美国南方的奴隶制种植园经济，是与自由贸易、自由市场、私有产权神圣等资本主义金科玉律紧密相联的一种特殊形态的资本主义商品经济。在英国工业革命蓬勃兴起的背景下，美国南方形成了一种主要依靠向英国和北方州大规模出口棉花、烟草等农产品“创汇致富”的出口导向型农业经济。据统计，在 1860 年，英国棉纺工业所需要的 80%的原棉系由美国南方进口。由于国内外市场对棉花需求量急剧增长，南方奴隶制种植园经济一直处于高速发展势头。南北战争前，在对

黑奴残酷剥削的基础上，南方州的平均经济增长率和人均年收入增长率均高于北方州。与此同时，黑奴的价格不断上涨。在 1800 年，一个年轻力壮的黑奴“种田能手”(prime field hand)的价格低于 400 美元，到 1857 年时，价格已涨到 1500 美元，大约相当于 2000 年的 3 万美元。在此背景下，南方奴隶主岂能轻言放弃黑奴这种价值昂贵的“私有财产”？

应当提到的是，与大英帝国相比，美国当时还是一个“发展中国家”，缺乏鼓吹开放市场、自由贸易等“全球化”高调儿的实力。为了保护尚在起步阶段的北方州民族工业，联邦政府以当时世界各国中最高的关税率筑起了保护性贸易壁垒。可是，这种保护性关税却严重伤害了南方的“外向出口型”经济。一方面，高关税使南方州处于恶劣的国际贸易环境之中，不得不承受欧洲国家报复性高关税的伤害；另一方面，南方州不得不付高价购买从欧洲和北方进口的工业品。这种“富北穷南”的高关税政策，使南方州每年

遭受高达数亿美元的巨额经济损失。

南方州对联邦政府的保护性关税极为不满，认为这实质上是对南方的勒索和暴政，是南方被迫为北方经济的发展献血。另外，北方对南方的处境毫无同情之心，不但不感恩戴德，反而以道德和正义为由，利用在众议院占据牢固多数的优势，阻挠奴隶制在联邦领地和新州的扩张，甚至暗中充当南方州逃奴的避难所，严重侵犯了南方奴隶主的私有产权。南方政客认为，北方企图以高关税和废奴为手段摧毁南方种植园经济，使南方沦落为北方的廉价原料产地。实际上，南北双方在产业结构、经济利益以及私有产权概念等方面的对立，而非道德和正义的冲突，才是南北阵营在奴隶制和高关税等问题上水火不相容的主要根源。

美国南方奴隶制的另一个重要特点，在于奴隶是黑人而且数量众多。在立宪建国之初，黑奴仅有 60 余万，但在内战前的 1860 年黑奴人口已高达 400 万，约占南方总人口 40%左右。在南卡罗来纳州和密西

西比州，黑奴人口已远远超过了白人。由于担心黑奴造反，南方奴隶主极力维持黑白之间的主奴和贵贱关系，形成一种阶级压迫与种族奴役相互交织的社会结构。（南方白人贫民阶层虽然穷困潦倒，但却是奴隶制的支持者和维护者，其主要原因在于：大奴隶主阶层占据了南方政治和文化的优势地位，而统治阶级的思想总是成为一个社会中占统治地位的思想。另外，正如南方邦联总统戴维斯所言："由于一个低等种族的存在，每一个白人都变得高贵并提高了社会地位。"）这样，既可以防止黑奴怠工逃亡、造反起义，又能避免心怀不满的白人贫困阶层与黑奴合谋叛乱。南方奴隶主认为，为了维护有产阶级的权势、财富和良好的社会治安，有效地管制庞大的黑奴人口，奴隶制是唯一可行的措施。此外，为了榨取更多的高额利润，在人身奴役性质不变和经济增长的前提下，南方奴隶主在一定程度上改善了黑奴的生活待遇。（据统计，在1860年，黑奴年人均肉类消费量为176磅。相比之

下，1890 年意大利年人均肉类消费量仅为 23 磅。但是，仅仅根据营养水平便得出黑奴待遇良好的结论是不正确的。在黑奴人数较多的大种植园，奴隶主监工对黑奴人身压迫的现象比较严重。奴隶主拍卖黑奴的野蛮行径更是造成了无数奴隶家庭生离死别的悲剧。）

针对北方州对奴隶制的抨击，南方奴隶主声称：黑奴终身受雇，待遇良好，既无老病之虞，亦无失业之忧，而北方州实行的自由雇佣制实质上只是一种工资奴隶制。北方控诉丧尽天良的南方奴隶主把黑奴像牲畜一样拍卖，南方痛斥唯利是图的北方资本家迫使童工为微薄的工薪每天工作 16 小时；北方废奴派要求立即废除奴隶制，南方州权派威胁要脱离联邦；北方认为脱离联邦就意味着叛乱和内战，南方声称“另立中央”相当于反抗暴政的第二次独立战争。这样，南北阵营舌剑唇枪，剑拔弩张，决裂有如箭在弦上，一触即发。

那么，南北分裂是不是无法避免呢？一种说法是，南北双方利益针锋相对，立场南辕北辙，因此分裂乃是命中注定，内战晚打不如早打；另一种说法是，当时尚有一定妥协余地，因为真打起来对双方都没啥好处。实际上，北方同情南方处境的温和派大有人在，南方州也并非人人都想舞刀弄枪、扯旗造反。内战打响后，密苏里、马里兰等四个边界蓄奴州站到北方阵营一边就是一个极好的证明。有人说，如果把当时南北阵营之中闹得最欢、跳得最高的激进分子全都塞进几辆大篷车，一家伙沉到华盛顿特区市边上的波托马克河里，南北战争至少晚打五年。

谁都没想到，在这种特殊历史关头，联邦最高法院不但没起到调节矛盾，缓和冲突的作用，反而扮演了火上浇油的拙劣角色。

坦率地说，南方奴隶制问题并不是一个简单的道德或原则问题，而是一个涉及到利益冲突以及复杂的政治、经济、历史和社会原因的问题。所谓法律，在

多数情况下只是对已有的习惯、程序的规范化和确认。以奴隶制问题为背景的斯科特案堪称美国宪政史上最棘手的百年难案，即使马歇尔这位“伟大的首席大法官”转世再生，除了高挂“免战牌”或折中平衡之外，恐怕也想不出什么绝妙高招儿。

可是，坦尼法官却像唐。吉柯德一样不切实际，轻举妄动，草率地启用司法审查权，试图用司法手段快刀斩乱麻般地解决政治问题，结果反而被判决激起的惊涛骇浪所淹没。

五、斯科特案与美国内战斯科特案判决的严重后果是联邦最高法院威信扫地。美国宪政史学者麦克罗斯基（Robert G. McCloskey）写道：“暴风骤雨般的诅咒突然指向最高法院的法官们，他们似乎被此震惊了。他们远远未能熄灭奴隶制引起的争论，反而重新燃起了它的烈焰，并严重威胁到联邦司法部门自身的安全地位……”。另外，“斯科特案判决的失策使最

高法院丧失了北方的忠诚。在其历史上，最高法院第一次几乎失去了所有朋友，因为南方好景不长的友谊也只提供了极为冷漠的安慰。”

在美国的宪政体制下，联邦最高法院的裁决即是最终裁决，总统和国会都无法改变，唯一可行的办法是经历极为困难的宪法程序，通过宪法修正案的方式否决最高法院的判决。可是，当时参议院内的南北阵营势均力敌，修正案根本通不过参议院这一关。此外，即使参议院通过了，仍需要四分之三州在规定时间内批准方才有效。

于是乎，北方各州法院开始公开抵制联邦最高法院的判决，拒不服从联邦命令，使联邦司法部门陷入半瘫痪状态。执法部门也挣一只眼闭一只眼，不再在北方州严格执行逃奴追缉法，从而极大地激化了本来已尖锐对立的南北争执。司法权威的流失和执法部门有法不依的现象堵塞了解决奴隶制问题的和平妥协之道。自立宪建国以来，美国第一次在较大范围内出

现了有法律却无人遵循、有宪法却无宪政运作的混乱局面，政治斗争开始走向无序化。

在斯科特案荒谬判决的阴影下，北方共和党人痛感南方奴隶制的威胁迫在眉睫，他们积极行动起来，极力争取 1860 年总统大选的胜利。1858 年 6 月，林肯在接受伊利诺伊州共和党参议员候选人提名时发表了“分裂之屋不能久长”的著名演说。在演说中，林肯用了几乎一半的篇幅指责斯科特案判决，对最高法院的司法权威提出了前所未有的挑战。同年 8 月至 10 月，林肯与民主党提名的州参议员候选人道格拉斯（Stephen A.Douglas）就联邦领地的奴隶制问题展开了一系列辩论，朝野轰动，全国瞩目，林肯的声望由此大振。1860 年，林肯成为共和党总统候选人。

林肯虽然旗帜鲜明地抨击奴隶制的道德基础，但在实际政治行动中他行动谨慎，立场温和。林肯认为：“奴隶制度建立在不公正和有缺陷的政策之上，但是，颁布废止奴隶制度的宣言看来只会增加而不是减少

其实难。”林肯的基本立场是：奴隶制只是一种地方性的制度，不应无限制地向联邦领地和新州扩张，但是，联邦应当维护南方州奴隶主的私有产权，以民主和法治的手段对奴隶主实行渐进性的赎买政策，有偿地逐步废除奴隶制。这种办法虽然保守而缓慢，但与当时南方州的社会习俗和法律制度相适应。

尽管林肯具有温和主义的名声，但是，南方州权派仍然把林肯当选总统视为对奴隶制和奴隶主政治权力的排斥和威胁。其中一个重要原因与宪法赋予总统的联邦法官任命权有关。当时，坦尼等几位来自南方州的大法官都已七老八十、风烛残年，林肯如果当选，他将有机会改变最高法院的组成，从而威胁到南方占优势的最后一个联邦权力部门。因此，1860 年总统选举之前，南方州权派就放风威胁说，如果林肯获胜南方就将脱离联邦。

在美国宪政史上，已加入联邦的州是否可以宣布脱离是一个法无明文的宪政难题。美国开国先贤以天

赋人权和社会契约为旗帜鼓吹革命和独立，在乡镇自治和各州分治的基础上建立了共和制的统一联邦。在这种联邦体制中，由于州权强大以及自由和分治的不可侵犯，当联邦政府无法“一碗水端平”时，很容易出现“闹独立”的乱子。

在 1812—1814 年美英战争期间，北方新英格兰五州（即马萨诸塞、康涅狄格、新罕布什尔、弗蒙特和罗德岛州）因与英国有较多商业关系，对联邦政府中南方鹰派的对外扩张政策极为不满。1814 年 12 月，新英格兰五州选出代表在康涅狄格州密谋，他们强烈谴责联邦的好战政策，反对联邦向新英格兰各州增加税收，有些激进派甚至主张退出联邦。只是由于几周后战争突然胜利结束，北方五州退出联邦一事才不了了之。

1831 年，由于被南方人称为“可恶税率”的《1828 年关税法》严重伤害南方利益，来自南卡罗莱纳州的副总统卡尔霍恩(John C.Calhoun)宣称，

宪法只是各州之间的契约，当联邦与州之间就涉及州的根本利益发生冲突时，各州有权宣布联邦法律无效。在卡尔霍恩看来，这正是《独立宣言》中关于政府的权力源于被统治者的同意、人民有权改变或废除侵犯人民利益的政府的思想。在此极端理论的鼓动下，1832 年 11 月南卡州议会召开全州大会并通过《联邦法令废止权公告》，声称如果联邦政府强制施行关税法，南卡州将考虑退出联邦。当时的美国总统安德鲁。杰克逊（Andrew Jackson，任期 1829—1837）是一位战争英雄出身、脾气火爆的彪悍军人，在 1815 年 1 月新奥尔良战役（1812 年美英战争的最后一战），军衔为少将的杰克逊率部大破英军，威名远扬，由此踏上通向总统宝座之路。此公虽然来自南方田纳西州，但在维护联邦统一的大事上他立场坚定，态度强硬。面对南卡州的挑战，杰克逊一怒之下要求国会授予用兵执法权，并下令调动精锐的联邦陆、海军部队，威胁要绞死卡尔霍恩。后经多方调解，双方都做出了让

步，联邦政府同意降低关税，南卡州不再硬抗，卡尔霍恩辞职后当选州参议员，成为美国历史上第一位辞职的副总统。

杰克逊总统退休后，南方州权派的分裂行动与日俱增、肆无忌惮。在他们眼中，林肯没有统军打仗的军旅经验，两年前连州参议员都没选上，只是个微不足道的三流小律师。在 1860 年总统大选中，普选票总数约为四百六十万张，林肯得票不到二百万张，显然将是一个毫无作为的弱势总统。另外，由于选举团制度的影响，1860 年选举成为美国历史上最具地区性色彩的一次选举。（在自由州，林肯获得 1，838，347 张普选票，其他几位候选人一共获得 1，572，637 张普选票，林肯得票率约为 53%.可是，根据“赢者通吃”规则，在自由州 183 张选举人票中，林肯赢得了除新泽西州之外的 180 张，超过了全国选举人票的半数。在蓄奴州，林肯只获得微不足道的 26，388 张普选票，其它几位候选人一共得到 1，248，

520 张普选票，林肯得票率约为 0.02%.这样，林肯没得到一张蓄奴州的选举人票。可是，其它几位候选人在蓄奴州和新泽西州赢得的选举人票，总共只有 123 张。南方由于人口少，缺乏足够的选举人票，所以在大选中处于不利境地。在 1860 年选举中，林肯实际上是一位由略多于半数的北方州选民选出的总统。）林肯在南方州只得到 0.02%的普选票，这一投票结果几乎相当于南方居民全民公决的独立宣言。这样，当宪政民主妨碍自由分治时，南方政客公然抵制民主选举结果，林肯当选后，南部七个州宣布退出联邦，不久又有四个州相继加入南方邦联。

历史证明，南方州权派低估了林肯为维护联邦完整不惜一战的决心。1861 年 3 月，林肯发表总统就职演说时表示："我无意直接或间接地在蓄奴州干涉奴隶制，我相信我没有合法的权力，而且我也不想那样做。" 但是，林肯坚决反对南部退出联邦的举动，他强调："从宪法和法律角度看，联邦是不可分解的。"

在演说中，林肯还间接地批评了最高法院对斯科特案的判决，他指出："如果在事关全体美国人民的至关重要的问题上政府的政策受最高法院判决的永久束缚，那么，这些涉及个人争议的普通案件的司法判决一经作出，人民将停止成为自己的主人，实际上把自己政府的权力拱手交给这个显赫的法院。"

面对南北分裂的现实，林肯作出了用战争维护联邦的最后决定。实际上，由于联邦宪法对各州能否退出联邦这个问题语焉不详，北方用兵的战争行为并没有坚实的宪法基础。可是，如果联邦政府坐视一州脱离联邦，今后便无法阻止另一州同样行动。要是南方十一州可以退出联邦，自愿组成邦联，那么剩下的北方各州仍然可能继续分裂，北美大陆最后可能会出现一群相互妒嫉、自相残杀的小国，有如拉美大陆。所以，林肯除了维护统一、反击分裂之外别无选择。

南北战争打响后，林肯总统当机立断，独断专行，不仅扩大了于法无据的总统战争权力，而且还下令在

部份地区中止公民人身保护令特权，对来自坦尼大法官“违宪”的指控不屑一顾。但是，在解放黑奴问题上林肯一直彷徨动摇、犹豫不决，其中一个重要顾虑就是与宪法程序有关的私有产权问题。鉴于美国宪法严禁政府在没有正当法律程序的条件下剥夺公民财产，林肯无意也无权解放黑奴。北方大规模用兵的目的仅仅是维护国家统一，与解放黑奴、自由人权之类的道德高调毫不相干。1862 年 8 月 22 日，在给《纽约论坛报》编辑格瑞莱（Horace Greeley）的信中林肯写道：“我的最高目标是拯救联邦，既不是保存奴隶制度，亦非摧毁奴隶制度。如果不解放一个奴隶就能保存联邦，我就一个不放；如果解放全部奴隶就能保存联邦，我就全部解放；如果解放一部份奴隶不解放其他奴隶就能保存联邦，我也照办。”

可是，战争形势的恶化迫使林肯改变了立场。内战初期，南军指挥有方，训练有素，斗志旺盛，以一当十，以弱胜强。联邦虽然在人口、军事力量以及经

济实力和工业水平方面皆占绝对优势，但联邦军队指挥混乱，训练不佳，一败再败，溃不成军，首都华盛顿特区几乎不保。另外，尽管 90%的南方白人青壮年赴前方打仗，但后方的 400 万黑奴并没有借机叛乱造反，奴隶制经济仍然照常运作。由于战争旷日持久，日趋残酷，北方对获胜开始感到绝望。英、法、西班牙等欧洲列强对美国内战幸灾乐祸，乐意看到出现“两个美国”的局面，甚至蠢蠢欲动，伺机干涉。

面对这种要么改变战略要么失去战争的困境，林肯从“军事上的必要性”（Military Necessity）考虑，终于下定决心，于 1863 年 1 月正式颁布《解放黑奴宣言》。联邦采取这一措施，既可以摧毁南方的战争意志和战争潜力，又可以打出为自由和正义而战的旗帜，使欧洲列强难以借机干涉。林肯总统宣布，在那些仍然与联邦军队对抗的南方地区，所有黑奴立即获得自由，自由黑人可以参加联邦军队，为维护联邦统一而战。但是，对于已处于联邦军队控制之下的南方

地区和忠于联邦的四个边界蓄奴州中的黑奴的自由问题，宣言中只字未提。换句话说，当林肯公布解放宣言时，实际上连一个黑奴也没解放，这个宣言只是一张有待兑现的支票。南方奴隶制的彻底崩溃只是后来北方取得内战胜利的一个副产品。

值得注意的是，就是这样一个保守的文献，林肯总统仍然作了技术处理。为了避免联邦最高法院可能的干预，他非常技巧地以战时军事措施的形式发布解放奴隶宣言。精通法律的林肯总统实际上是钻了一个法律空子，其中的奥秘是，联邦最高法院即使拥有司法审查权这柄尚方宝剑，它也不大可能宣布总统兼美军总司令在战争期间发布的军事措施违宪。

林肯发布解放奴隶宣言后，南方邦联阵脚大乱。但南军仍然拼死抵抗，联邦军队每前进一步都要付出巨大代价，战争又打了两年多。为了赢得战争胜利，号称自由正义、为解放黑奴而战的联邦军队攻入南方后开始实行极为残酷的总体战。联邦军队指挥官谢尔

曼（William T.Sherman）宣称："我们不仅攻击敌对军队，也攻击敌对人民，我们要让南方的老人和青年、穷汉和富翁都体验到战争的严酷可怕"，"要让南方未来的几代人不敢诉诸于战争"。在他的指挥下，联邦军队不仅摧毁农田、桥梁、道路，而且焚烧城镇、农庄、民宅，破坏一切可以破坏的民用目标，在南方杀出了一条令人胆颤心惊的毁灭之路，南方邦联首都、弗吉尼亚州首府里士满（Richmond）以及亚特兰大（Atlanta）等南方大城市都成为一片焦土。一些历史学家认为，谢尔曼将军的做法开了 20 世纪战争中"焦土政策"的先河。

破坏最严重的是南方邦联总统戴维斯（Jefferson Davis）家乡所在的密西西比州。内战之前，该州在全美富裕榜上名列第五。内战期间，该州 60%的白人青壮年战死疆场，90%的城镇和种植园化为灰烬，奴隶主丧失了价值数亿美元的 43 万 7 千名奴隶，私有财产损失殆尽。战后，密西西比州不仅在

全美最贫困的州中名列第一，而且这种贫困状况一直持续了一个世纪。(〔美〕尼尔。R.彼尔斯著、中国社会科学院美国研究室编译室译、董乐山校：《美国志》，北京中国社会科学出版社，1987，下册，第635—636页。)

当南方重建（1865—1877）结束、联邦军队撤出之后，南方各州出现白人种族主义者针对黑人的大规模暴力活动，其中尤以密西西比州最为暴虐凶残，该州被三K党徒私刑杀害的黑人数量最多。在南方，大多数获得自由的黑人处于“除了自由便一无所有”（nothing but freedom）的困境，经济贫困、政治无权、文化落后的状况并无根本改善。南方白人继续用内战之前为奴隶制辩护的那些歪理为施行种族隔离制度辩护。1896年，在著名的普莱西诉弗格森案（Plessy v. Ferguson， 1896）中，美国最高法院确立了“隔离但平等”原则，承认了南方种族隔离制度的合宪性。为了争取法律上的平等地位，南方黑人

继续艰难地斗争了一百多年。

在其名著《未经同意或契约 :美洲奴隶制的兴衰》中，福格尔教授谈到，美国通过南北战争解放奴隶的做法没有尊重奴隶主的私有产权，相比之下，英国议会 1833 年通过《废奴法案》，在西印度洋群岛殖民地解放奴隶时尊重了私有产权原则，用巨额金钱补偿了奴隶主的损失。那么，美国的暴力废奴方式是否合理呢？福盖尔教授认为，如果南方如愿以偿地脱离联邦、建立以奴隶制为基础的贵族民主邦联，将有可能利用取消关税壁垒后获得的巨额利润建立世界第一流的海军和强大的陆军，轻而易举地将其势力范围扩张到古巴等南美国家，逆转英国对巴西施加的废奴压力，这样一来，不仅奴隶要遭受到更长时间的奴役，而且将会使世界各国的废奴运动和欧洲国家人民的民主斗争遭受挫折。反之，南北战争以正义的炮火摧毁奴隶制，战后没有用金钱补偿奴隶主，极大地鼓舞了世界范围内下层民众争取民主权利的斗争。换言之，

从世界历史角度看，美国的废奴方式有其历史正义性和合理性。

在南北战争的隆隆炮声中，1864 年 10 月，87 岁高龄的坦尼大法官在任内去世，晚境颇为凄凉。联邦政府行政部门的高级官员对斯科特案判决余怒未消，拒绝出席坦尼的葬礼。实际上，北方共和党人一直盼着坦尼快点儿断气，好把首席大法官的重要位置早点腾出来。1864 年 12 月，林肯任命内阁财政部长、共和党人蔡斯（Salmon P.Chase，1864—1873 任职）出任最高法院首席大法官。

南北战争结束后，为了从法律上废除奴隶制，1865 年 12 月联邦国会和各州批准了宪法第 13 条修正案。它规定：在合众国内受合众国管辖的任何地方，奴隶制和强制劳役都不得存在。这回修宪者不再使用隐晦词汇，在修正案中清晰明确地使用了“奴隶制”（slavery）这个英文词汇，与当年制宪者在奴隶制问题上模棱两可、含糊不清的遣词用语风格大相径庭。

1868 年，为了解决黑人的美国公民身份问题，保障黑人的联邦宪法权利，美国国会和各州批准通过了宪法第 14 修正案。它规定：所有在合众国出生或归化合众国并受其管辖的人都是合众国的和他们居住的州的公民。如今美国联邦移民法中关于公民国籍的“出生地”原则，实际上是针对 1857 年斯科特案对黑人公民身份不公正裁决的问题而确立的。

第 14 条修正案还规定：任何一州都不得制订或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律；不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产；州在其管辖范围内不能拒绝给予任何人以平等的法律保护。这些条款和原则的确立扩大了联邦政府对公民权利的保护范围，标志着州政府也必须遵守《权利法案》(宪法前十条修正案)这一宪政原则的开始。在此之后，如果州公民认为自己的个人权利和自由遭受侵犯，便可以按法律程序把官司一直打到联邦最高法院。

这样，经过五年空前惨烈的血腥内战，60 多万白人士兵死亡，无数城镇和种植园化为灰烬，再加上挟胜利余威通过的第 13、第 14 两条宪法修正案，斯科特案裁决终于被彻底推翻。1869 年，蔡斯大法官在得克萨斯州诉怀特案（Texas v.White，1869）中宣布：联邦宪法的采纳是“为了建立一个更完美的联盟”，根据联邦宪法建立的共和制联邦是“牢不可破的”（indestructible）。

六、历史教训影响深远斯科特案是美国最高法院历史上的一场恶梦。1939 年出任大法官的哈佛法学院教授法兰克福特(Felix Frankfurter，1939—1962 任职)曾回忆说，当年他和其他大法官心照不宣，“从来不提斯科特案判决这码事，就像那些儿子被绞死的家庭从来不提绳索和绞架一样”。直到 20 世纪 60 年代后，这种家丑不可外扬的情况才有所改变。如今，当来自全美和世界各地的旅游者参观美国最高法院

时，通常是先观看一部长度约 10 分钟左右的录像短片，介绍最高法院历史，其中特别提到 1857 年斯科特案判决的重大失误，自扬家丑，警告世人。

在南北战争之前复杂微妙的局势中，斯科特案判决宣布奴隶制向联邦领地和新州扩张名正言顺，这就为南方奴隶主拒不接受"一国两制"提供了法理基础，导致"一国两制"土崩瓦解。由于北方州对此判决的强烈批评和抵制极大地损害了联邦司法部门的权威，这样，经过宪政程序虽然得出了结果，但却因荒谬不堪而得不到遵守和执行，经调解又不见效，致使民主制度的功能完全失效，解决矛盾只得诉之其它手段，包括使用武力。换言之，并非世界上的一切矛盾都可以通过宪政程序得到解决，即使被奉为宪政民主典范的美国，当年也不得不为国家统一的重大原则问题杀得血流成河。

斯科特案告诫后人，最高法院大法官并非圣贤，而是有不同政治倾向和利益背景的人，他们大多是由

历届总统从自己党派挑选出来的。大法官不仅会犯错误，而且由于特殊的地位，其错误所造成的影响往往是致命的。

二百多年以来，后人一直对马歇尔大法官 1803 年马伯里诉麦迪逊案的经典性判决赞不绝口、津津乐道，但历史证明，制度设计和创新并不是万能的，司法审查制度实际上是一柄锋利的双刃宝剑。如果最高法院多数派高瞻远瞩、与时俱进、顺应历史潮流，他们的司法判决通常能起到促进社会进步的作用；反之，如果最高法院多数派老朽昏愦、抱残守缺、逆时代潮流而动，他们的判决有可能引发巨大的政治动乱和社会灾难。

于斯科特案的沉痛教训，此后一百多年来，最高法院在介入重大政治问题时一直瞻前顾后，谨小慎微，如履薄冰，如临深渊。对于这种“高处不胜寒”的处境，霍姆斯大法官（Oliver Wendell Holmes， Jr.，1902—1932 任职）曾形象地比喻说：最高法院表面

上风平浪静，其实那只是处于风暴眼（storm center）之中的一种暂时的、虚假的平静。实际上，最高法院的判决稍有闪失，排山倒海般的政治风暴随时有可能呼啸而来。休斯大法官（Charles Evens Hughes，1910—1916 任大法官，1930—1941 任首席大法官）任职最高法院前，1907 年在纽约州的一次演讲中说："我们生活在宪法之下，但这部宪法是什么意思却是法官们说了算。"可是，当休斯本人身在其位体会到"法官们说了算"的巨大责任和沉重压力后，他叫苦不迭地说："我是多么讨厌写判决书啊！我宁愿出庭辩护，让别人去承担做出司法裁决的责任吧！"

美国最高法院虽然拥有至高无上的司法审查权，但司法部门既无钱又无剑，归根结底，它的权威建立在民众对法院公正审判和裁决的信任之上。换句话说，一项司法判决是否能够得到尊重和执行，在相当程度上仍然取决于这一判决本身是否基本公正，取决于政府行政部门以及社会各主要利益集团对司法判决的

接受和服从程度，取决于社会和民众是否广泛地相信政府必须依法按照法院的判决行事。如果没有认同和影响整个国家和民族的基本立国精神，如果没有在长期的宪政运作过程中形成的法治传统以及民众对司法权威的服从，如果没有政府行政部门对法院判决的坚决执行，司法审查制度很可能只是形如虚设。

南北战争之前，美国并不是一个现代意义上统一主权的国家，联邦在某种意义上只是各州之间的契约和自愿组合。应当说，是南北战争和林肯创造了一个新美国，创造了一个统一主权、统一政治制度和统一立国精神的崭新国家，为美国在 20 世纪成为世界头号强国奠定了基础。内战后通过的宪法第 14 条修正案标志着二元联邦主义终结的开始，对美国宪政法治的发展产生了深远的影响，使宪政法治和三权分立与制衡原则在美国社会进一步深入人心，形成了法治得以维系的坚实的宪政文化基础。

20 世纪 30 年代新政时期，由于被称为“九老院”

的最高法院屡次否决新政立法，罗斯福总统恼羞成怒，试图以行政权冲击司法权，提出了改组最高法院的计划。但这种激进的改革计划遭到国会参众两院的强烈反对，因为改组最高法院将有可能对宪政法治造成极坏后果，使宪法沦为执法和立法部门任意摆弄的工具。国会两院的坚决反对，使罗斯福在其声望如日中天时遭受重大挫折。在新政生死存亡的重要关头，最高法院中保守的“九老”（the nine old men）吸取斯科特案教训，做出了理性的退让，形成了双赢的折中妥协局面。回顾历史，罗斯福改组最高法院的计划固然有其充足的理由和原因，但这种做法实际上可能会动摇宪政民主和三权分立制度的基石。

20 世纪 50 年代，最高法院在里程碑式的布朗诉教育委员会案(Brown v. Board of Education ,1954)裁决南方公立学校中的种族隔离制度违宪，在种族隔离制度的城墙上打开了突破口，极大地促进了黑人民权运动的发展，洗刷了 1857 年斯科特案错误判决的

耻辱。但是，由于大多数南方白人的强烈反对，阿肯色、密西西比、阿拉巴马等南方州拒不服从最高法院判决，坚决维护种族隔离制度。艾森豪威尔总统虽然对最高法院给他“惹事生非”颇为不满，但为了维护宪政法治传统，他毅然派遣联邦军队进入南方州强行执法，使全美乃至全世界民众看到联邦政府行政部门维护宪法和最高法院判决的坚强决心，充份展示了美国社会和美国政治中宪法至上、有法必依的法治传统。

西方自由主义理论大师哈耶克（Friedrick A. von Hayek）1945 年赴美巡回演讲、宣传其名著《通向奴役之路》期间，一件偶然发生的小事使他领略了美国宪政法治传统的普及和深入程度。哈耶克 4 月 12 日搭乘出租车时从收音机中听到了罗斯福总统逝世的噩耗，出租车司机表达的哀痛之情使他终生难忘。令哈耶克颇为吃惊的是，这位司机赞扬了罗斯福总统的卓越功绩和伟大人格后，公正地补充道：“但是总统不应干预最高法院，他不应做这件事。”（引自陈奎

德：《哈耶克》第五章：“《自由宪章》和《法律、立法与自由》”。)

只有当制度和法规演变、积淀为普通民众内心的信念和社会行为准则时，宪政法治和司法审查制度才能落到实处。否则，再好的宪法和制度设计只是写在纸上的空话。

第九章

总统大还是最高法院大？

——从梅里曼诉讼案到米利根诉讼案

美国宪法第一条第 8 款有一个著名的“必要和适当的条款”，它授予代表民意的国会制定政府履行其职责“一切必要的和适当的法律”。这为美国联邦政府扩大权力提供了法律依据。但即便如此，紧接着的第 9 款立马又对“必要和适当”作了限定，规定了国会一系列不能用立法破坏的东西，其中涉及公民自由的有三项：“不得中止人身保护权的特权，除非发生叛乱或入侵时公共安全要求中止这项特权。不得通过公民权利剥夺法案或追溯既往的法律 .”

本文要讨论的是人身保护权（令）。它的原文是“writ of habeas corpus”。“habeas corpus”是

拉丁文，意为“拥有（犯罪嫌疑犯的）身体”。它是英国习惯法中一项重要的个人自由，目的是阻止政府的政策性过失，特别是不经过正常审判就拘留疑犯。在形式上，它是法院向扣人机构发出的一种命令，要其将所拘留者带到法院，法官将审查拘留的理由是否充份。如果理由不充份，法官有权命令释放疑犯。由于美国宪法的目的是规范和限制政府的权力，以保护人民免受恶政之苦，换句话说，它要防的是治者之恶，而非被治者之恶，因此，宪法的制定者便把它写入宪法，成为美国人的宪法权利。

但是，即使是神圣的宪法权利也可能会受到挑战，美国内战的时候就出现了这样的情形。

一、“严打”引发官司 军方无视大法官美国建国后，奴隶制成为美国人一个头痛的问题。自由的北方和保有奴隶制的南方就奴隶制问题可谓争吵、妥协、再争吵，直至战争。1860 年主张限制奴隶制的共和

党人林肯当选为总统，南方感到奴隶制的末日将近，干脆来了个先下手为强，扯旗造反，另立中央，在林肯就职前先于 1861 年 2 月退出联邦，成立了由南方七个州组成的“美利坚联盟”（Confederate States of America，后来又有四个州加入）。南方不仅闹独立，而且还开始进攻设在南方的联邦军队要塞，南北战争随之爆发。

当时的美国共和党总统林肯受命于危难之际、动乱之时，为维护美国的统一和完整，他处心积虑、尽职尽责。尽管他是律师出身，对美国宪法了如指掌，但是为了联邦的统一，1861 年 4 月，在国会休会期间，林肯愣不顾宪法的约束，以行政命令的方式下令暂时中止一些不稳定地区的人身保护，也就是准许军事人员不服从人身保护权的命令（即法院发出的人身保护权令），并且扩大了宪法未授与总统的一系列战争权力。

林肯的行政命令导致了一场针对南方间谍活动的严打运动。当时有些靠近北方的奴隶州尽管还留在北方，但许多人是“身在曹营心在汉”，替南方叛乱分子收集情报，这着实令一些联邦军队的军官愤怒。有了林肯的命令，军官们便可以“大打出手”了。

当时，马里兰州就是其中一个暂时中止人身保护权的地区。联邦政府认定马里兰为不稳定地区主要有两个考虑：一是它拱卫京畿的特定地理位置；二是作为蓄奴州的马里兰尽管留在北方，但有许多人进行收集情报和颠覆破坏活动。马里兰州首府巴尔的摩地区考基斯维尔镇有一位名叫约翰。梅里曼（John Merryman）的就在“严打”中被抓了。此公是镇上的头面人物，既富有，又有政治影响，而他老爸还是联邦最高法院首席大法官坦尼的大学同学。但就是这样一个人物，据说暗地里却在组织当地的阴谋叛乱活动，参与破坏当地的铁路桥。

梅里曼是在 5 月 25 日凌晨在睡眠中被抓走的。

天一亮，他的律师乔治。威廉斯(George Williams) 赶紧赶到扣押梅里曼的军营，要求军方出示抓人的法律文件。军营指挥官乔治。凯德瓦尔德（George Cadwalader）少将以国家安全和军事机密为由拒绝出示任何文件。威廉斯碰了钉子后，原想找联邦法院寻求公正，转念一想他们级别太低，便直奔华盛顿去找最高法院首席大法官坦尼。

坦尼此时已经 84 岁，老态龙钟。听完梅里曼的陈述，坦尼极为震惊。针对威廉斯提出的要其下达一份对梅里曼的“人身保护令状”（a writ of habeas corpus）的要求——也就是下令把疑犯带到普通法庭、由陪审团定罪、法官审理，坦尼思考再三。如果他在华盛顿发出一份要军方答复的令状，凯德瓦尔德将军可能会以不能离开自己防地为由拒绝。为了避免这一情况发生，坦尼不顾年老体衰，立马赶到了巴尔的摩——因为他同时兼任此地的联邦巡回法院法官。

5 月 26 日晚，坦尼给凯德瓦尔德将军下达一份

人身保护令状，要他在第二天中午 11 点带着梅里曼来到巴尔的摩的法庭见他。

凯德瓦尔德将军拒绝出庭，但派了一位上校到场。这位上校全副武装，佩剑在身，威风凛凛，看上去比首席大法官还牛气。他神情严肃地告诉法庭，军方已控告被告阴谋进行反对政府的武装叛乱，并转述了凯德瓦尔德将军的严正声明："在此类案件中，美国总统正式授权他出于公共安全考虑暂时中止执行人身保护令状。这是一项崇高的信任，他受命根据自己的判断和意愿来执行。不过，他也被告知，在内战时期如果出现失误的话，也是出于国家安全考虑。"将军的声明没错，既是总统又是美国武装力量总司令的林肯已在 1861 年 4 月下令，在一些不安定地区暂时中止人身保护权。

坦尼问及梅里曼人在哪里，上校说除了刚才的声明外他没有得到其他指示，说完便昂头挺胸正步走出法庭。

坦尼做了半个世纪的法官，从未受过这样的蔑视。他立即发出另一份传票，指控凯德瓦尔德将军蔑视法庭，要其在“第二天 12 点来见我”。为了表明他的权威，坦尼这次是以最高法院首席大法官而不是巡回法院法官的的身份出面。

第二天法庭一开门，事先得知这一消息的当地群众便一拥而入，希望看到军方和法院的精彩的大比拼。令观众大失所望的是凯德瓦尔德将军没有露面。坦尼便问负责送信的联邦法院执法官（Marshall）是怎么回事？执法官满腹委屈地报告说，他来到军营门口，向哨兵表明身份，递上名片，但哨兵传令回来后没有任何答复，“我连门都没让进”。坦尼再次震怒。他告诉听众：“一个军官无权逮捕和拘留没有违法战争法则的人”，如果他这样做了，他必须服从法庭的权威。坦尼称，如果凯德瓦尔德不是一个将军，他可以命令执法官组织人去抓他，但凯德瓦尔德重兵在握，这一做法显然是不现实的。他宣布，他现在只能写一个意

见书送交美国总统，请他履行其宪法责任"强制实行法庭程序。

在给总统的意见书中，坦尼明确表示："一个军官以空洞无物的罪名逮捕了马里兰州的一位公民，且无证据"，因此，逮捕梅里曼的行为是对公民自由"武断和非法的践踏"。不仅如此，军方还无视法庭发出的人身保护令状，并宣称其行动是总统的授权，"我对此当然万分惊讶，因为我曾认定几乎所有人都同意一项基本的宪法权利"人身保护权是不能被搁置的，除非国会通过法律。"接着，他毫不客气地指出，如果军方没有越权，那么，"是总统行使了一种宪法没有赋予的权力"。为了强调人身保护权的重要性，他引经据典，指出就连专制的英国国王也无权中止这一权利。如果军方以任何借口篡夺宪法赋予司法部门的权力，那么，"美国人民将不再生活在一个法治的社会中，他们的生命、自由和财产将可能由军人来任意处置。"最后，他提醒总统不要忘记自己就任总统时

的誓词："我一定竭尽全力维护、保护和捍卫美国宪法。"

对自己挑战战时总统权威的可能后果坦尼作好了思想准备，他告诉家人他可能会被军方逮捕。尽管军方并没有这样作，但坦尼"包庇"南方叛乱分子的作法已在社会上引来了一片杀声。攻击坦尼的情绪化舆论完全压倒了一些冷静的分析。这也难怪，因受1857 年斯科特案的影响，联邦最高法院的声誉和权威可以说降到了历史最低点，最高法院已处于半瘫痪状态，坦尼首席大法官更受到北方公开的蔑视，威信扫地。

对坦尼的意见书林肯不屑一顾，理都不理，他只是在 6 月 4 日给国会的咨文中间接地指出："如果除了一项法律外，其余的法律都变得无法执行，而且政府也四分五裂的时候，难道就不能违反这一法律吗？"林肯甚至表示，宪法并没有明确规定只有国会才有权暂停人身保护权的执行，同样，美国的建国之父也无

意规定，在紧急状态下、当国会休会时总统不能为了保护公众安全而暂停人身保护权。林肯的态度固然与当时国家紧急状态有关，但同时也是因为他一向对坦尼有意见的结果。在他看来，正是这个坦尼在斯科特案件上的判决，最终使奴隶制问题一发不可收拾，酿成内战。

林肯请求国会支持他不得不采取的紧急措施，同意他暂停人身保护权。国会一片哗然，争论不休。经过几番激烈的辩论，1861 年 7 月国会通过一项法律，授权总统可在战时暂停人身保护权，但有一项限制条件：军方可以逮捕和扣留危害国家安全的疑犯，但不得加以军法审判，并要将逮捕的平民名单和案情告知普通法庭。如果当地普通法庭的大陪审团拒绝起诉疑犯，疑犯便可要求地方法官命令军方将自己交给普通法庭听证并释放。

虽然林肯最终得到国会的支持，暂停了人身保护权，但是坦尼所坚持的平民疑犯必须由普通法庭审理

的原则也获得国会的支持。可以说，双方的这番斗争互有胜负。但梅里曼的命运却没有立即改观，直到一年后，联邦政府宣布巴尔的摩不再是危险地区，军方才把他转交给普通法庭。但是，军方对平民的司法管辖问题并没有彻底解决。

二、争论再起 米利根逃脱死罪坦尼和好几位老法官都是来自南方，难免有亲南方之嫌，但面对内战过程中日益增多的违反公民自由的案例，他们或者熟视无睹，或者无能为力。1864 年坦尼在郁闷中去世，出殡时华盛顿竟然没有政坛要人为之送行。

林肯任命他的财政部长索罗门。蔡斯（Salmon Chase）为首席大法官。在此之前，已有一些老法官知趣退休，使林肯得以任命了四名北方的铁杆支持者担任大法官。

蔡斯是位长期反对奴隶制的坚强斗士，有“激进分子”之称，但他在米利根（Ex parte Milligan）一

案上的立场却和他的前任非常接近。

米利根案发生在战争快要结束的时候。1864 年 10 月，驻扎在美国西部印第安那州的联邦军队奉指挥官哈维将军（Acvin Hovey）之命逮捕了米利根等三位平民，控告他们勾结南部叛军，阴谋夺取联邦军队的军火库，攻占关押南方军人的战俘营。因为不相信地方法院陪审团的可靠性，军方干脆将他们交由军法处（Military Commission）审判，结果三下五除二就认定罪名成立，判处绞刑。

米利根的律师麦克唐纳小有名气，因为业务关系，十几年前与当时做律师的林肯有一面之交。在无奈之中，麦克唐纳跑到华盛顿，愣是在一个大清早设法见到了林肯总统，而林肯居然还记得他。寒暄之后，麦克唐纳便单刀直入，切入正题，说明来意，请求林肯刀下留人。林肯尽管支持哈维将军军法处的判决，但暗示麦克唐纳他已于一年前（1863 年 12 月）宣布大赦，如果战争能够在对米利根的绞刑未执行前结束

的话，米利根可据此减刑。

不久，1865 年 4 月 4 日林肯遇刺身亡，由副总统约翰逊继任。出于对叛乱和阴谋分子的愤怒，约翰逊在 5 月 2 日批准对米利根的死刑决定，军方据此把米利根的刑期定在 5 月 19 日。这意味着除非内战能在此之前结束，否则米利根的小命难保。当刑期临近、律师一筹莫展之际，一个联邦巡回法院 5 月份正好在印第安那开庭，麦克唐纳遂在 10 日请求巡回法院给米利根以人身保护令状，向军法处要求提审米利根。两位法官讨论数日也拿不定主意，只好移交给最高法院。军方原以为案子已经了结，没想到又要闹到最高法院，于是同意暂时推迟米利根的刑期。5 月 26 日内战正式结束，比米利根原定的刑期晚了正好一周。这样，米利根至少可以免于一死。

在听候最高法院的裁定期间，约翰逊总统对米利根作出无期徒刑的减刑决定，米利根也转送到联邦地方法院服刑。

三、战争结束 米利根平反昭雪虽然米利根已免于一死，但麦克唐纳仍不满足，因为他现在的目标是使米利根无罪释放。为准备 1866 年 3 月最高法院对米利根案的开庭，他召集了另外两位律师：一位是年轻的律师、未来的美国总统詹姆斯. 加菲尔德(James Garfield)，他初出茅庐，第一次上最高法院打官司，劲头十足；另一位是著名老律师布莱克（Jeremiah Black）。三人铆足了劲，决心把这一涉及宪法基本权利的案子反过来。他们的辩护战略不是争论米利根是否有罪，而把重点放在程序上：军方是否有权在非作战地区停止人身保护权、逮捕平民并加以军法审判。

在 1866 年 3 月 6 日的法院辩论中，布莱克首先上场，他发自内心的声音令听众肃然起敬。他指出，即使米利根是个十恶不赦的罪犯，他的人身自由仍是神圣不可侵犯的，拥有一个公民应有的公平审判的宪法权利。军方决不能独立于甚至高于民政当局，他们

逮捕平民时应依法将被捕的平民名单交给普通法院，以便由法院组织大陪审团进行公开和公平的审判，而军方对米利根案的处理显然违反了这一规定，没有对米利根进行公平的审讯。

代表政府方面出庭的是司法部长及其助手，他们一再强调战时的特殊性。对此，加菲尔德反驳说，军方在逮捕米利根时，不但印第安那州不是战场，就连邻近的各州也没有武装的敌人。再退一步讲，南方的叛乱在 5 月 19 日基本停止，而军方仍根据林肯战时颁布的戒严令（1862 年 9 月 24 日）决定在 19 日执行绞刑，缺少法律根据。律师们还进一步举出英美法治史上的例证，说明林肯停止人身保护权的做法缺少法理基础。相对于辩方律师的雄辩，政府方面的说辞就显得软弱无力了，他们只能强调军方的行为乃是根据林肯总统 1862 年 9 月的戒严令。

三个星期后，最高法院作出了判决。尽管当时的 9 个大法官中有五位是林肯任命的，但是他们却和其

他四位法官一致投票判定：军方对米利根没有司法管辖权，米利根及其同伙必须释放。

大劫之后的米利根不仅昂首挺胸地走出了监狱，而且乘机反咬一口，控告军事法庭加害于他，要求过失赔偿。米利根再次胜诉，获得了具有象征意义的 5 美元赔偿。

从本质上讲，米利根案和梅里曼案大同小异，其结果的截然相反主要是因为时机不同。在内战初期，联邦军队一败再败，军心大乱，必然会倾向以军法严惩判乱分子。而米利根案判决时内战已结束，此时此刻，在涉及军方对平民的司法管辖权问题上，大法官们很自然会倾向于和平年代的法治和秩序。

值得注意的是，虽然大法官们一致作出决定，但是对这一决定的法理基础却存在尖锐的分歧，以致有关判决书直到 12 月 7 日才公布。

由戴维斯（Davis）法官起草的判决书再次强调了宪法的神圣性："美国宪法是统治者和民众的法律，

不论平时还是战时，……乃至在一切情况下，都是一样有效的”，因此，在普通法院存在的情况下，对平民的军法审判违反了宪法所规定的由大陪审团定罪和公开审判的原则。尽管审判米利根的军事法庭是由行政当局合法建立的，但是总统或国会并没有授权它在普通法庭仍正常工作情况下审判平民。他们的立场很明确，不论是总统还是国会，在任何情况下都无权中止人身保护权。

虽然蔡斯和其他三位法官同意总统无权中止人身保护权，但他们却认为在特定的情况下国会有权这样作，也没有违反宪法。在附加意见中蔡斯指出，《1863 年的人身保护权法》（the Habeas Corpus Act of 1863）旨在保证平民在普通法庭受审，但是，根据战时权力，国会能够通过为进行战争所需的立法。如果国会认为普通法庭不能够惩罚叛国罪，它可以授权军方审判罪犯。

蔡斯等共和党大法官的这一立场主要跟当时美

国内战后在南方的重建有关。当时联邦军队对南方叛乱地区实施军事占领，为维持社会治安、保护刚刚解放的黑人免遭过去奴隶主的报复，军方被授予了很大的权力，而关于米利根的判决在一定程度上限制了军事当局的权力。此后，南方反对黑人的暴力活动有所抬头，大多数共和党人相信军事法庭为保障黑人安全所需。当保守的约翰逊总统以米利根案为借口削弱军事当局在南方的权力时，很多共和党人纷纷批评最高法院的决定，他们特别担心，最高法院会宣布《1867年的重建法》（the Reconstruction Act of 1867）违宪，因为它授权军方可以在过去的叛乱州内审判平民。

应该指出的是，坦尼在梅里曼案中对林肯行政命令的质疑是有其宪法基础的，但是，战争期间毕竟不同于和平时期，权大于法是不争事实。这场大法官与总统之间的司法大战证明了美国宪法之父汉密尔顿的一句名言：最高法院“既无钱又无剑”，是三权中

最弱的一方。虽然马歇尔在马伯里诉麦迪逊案中确立了司法审查权，最高法院可以宣布总统的行政命令或国会法案违宪，但如果行政当局拒绝执法，最高法院其实连军营门口一个站岗的大头兵都指挥不动，更别说总统了。最高法院若强行下令执法，只会自取其辱。这个案例中严酷的现实会让那些崇尚法治至上和程序正义的人们倍感痛苦。所谓司法独立、司法权威，即使在美国有时也难以始终如一。

从政治上讲，为了战争胜利，军方对叛乱分子军法从事有其合理性。一旦国家处于战争状态，包括言论自由、正当法律程序在内的公民宪法权利必然会受到限制，对间谍罪、叛乱罪涉嫌案犯的军法审判可能因一时无法核实证据，只好先关起来再说，否则危害会更大。过份强调个人自由和权利，有可能对国家安全造成极大损害。但是，即使在战时或紧急状态下，政府和军方无视法律和司法程序的现象也是个令人头疼的严重法律问题。因此，如何处理此案中涉及的

问题，实际上是一个宪政难题。

从长远来看，米利根案在美国宪政史上意义深远。从此以后，不论是两次世界大战期间，还是美国 60 年代社会骚乱时期，美国本土没有人再敢尝试停止人身保护权的做法。

但夏威夷是个例外。第二次世界大战期间，还是美国领地的夏威夷在日本袭击珍珠港后，根据 1900 年国会为它制定的《夏威夷组织法》宣布军事戒严，停止了人身保护权。这一军管状态直到 1944 年 10 月才结束。

美国本土虽然没有停止人身保护权，但在加利福尼亚出现了美国历史上最严重的一起破坏公民自由的事件。根据罗斯福总统的 1942 年的一项行政命令，加利福尼亚把 11.2 万日裔美国人（其中 7 万是美国公民）从西海岸强迫迁移到犹他、怀俄明等内陆州的集中营。为此，其中的一位美籍日本人是松（Korematsu）曾经把美国政府告到最高法院。1944

年 12 月 18 日，最高法院以 6 比 3 裁定，将日本人强制性迁移到集中营虽与美国的基本原则不符，但出于军事需要，是战时临时措施的一部份。拘留行为不是种族歧视，拘留营（relocation centers）也不是集中营（concentration center）。但持异议的法官则认为这是对公民宪法权利的“明显侵犯”。

美国的这一严重破坏公民自由的案件 40 年后才改正，是松和其他的幸存者每人得到了 2 万美元的赔偿。1998 年，已经老态龙钟的是松获得了总统自由奖章。

9.11 事件后，美国的公众自由面临着新的考验。作为反击，美国在世界范围开始进行一场反恐怖主义战争，并在国内采取了一些限制公众自由、特别是外国人个人权利的做法。布什政府以反恐战争为由设立军事法庭，准备审判关押在美军位于古巴关塔那摩的军事基地的恐怖分子。由于国内外舆论对布什政府的做法颇有微辞，因此，在 2002 年 1 月正式公布军事

法庭审判条例时美国国防部修正了原来比较僵硬的考虑。

由于 9.11 事件的切肤之痛，设立特别军事法庭的目的是以非常规手段审判那些其母国不愿审理的外国人。有民权人士为这些俘虏抱不平，告到加利福尼亚州的联邦地区法院，但法院以原告权利并没有受到直接损害因而无诉讼资格为由加以驳回。

第十章

从受害者到胜利者：华人官司对美国法律的贡献——益和诉霍普金斯案（1886）

1861—1865 年，很大程度上是因为奴隶制问题，美国北方的自由州和南方的蓄奴州打了一场南北战争。战后，美国通过了 3 项宪法修正案来保证战争的胜利成果：1865 年生效的第 13 项修正案废除了奴隶制；1868 年生效的第 14 项修正案保证个人的自由和权利不受各州的干预；1870 年的第 15 项修正案则给予美国黑人以选举权。其中第 14 项修正案在美国历史上激起了无数的法律诉讼，它的一项重要内容便是各州“在其管辖范围内，不得拒绝给予任何人以法律的平等保护”。这就是通常所称的“平等保护条款”（EqualProtectionClause）。虽然它的初衷是

保护自由了的黑人免于各州的歧视，但这一普遍的规定也使其他族裔集团能够利用宪法来保护自己。

不过，在这一修正案通过后的很多年里，最高法院非常狭隘地解释这一“平等保护条款”，结果，各州和其他地方政府在其管辖范围内仍拥有相当的权力来侵害人民的自由和权利。但在1886年益和诉霍普金斯一案中，最高法院的裁决却是一个重要的例外，它认定加利福尼亚州旧金山市的两项市政条例违反了平等保护条款。这一判决改变了法院对该条款的传统解释，成为一个有历史意义的先例而被后来的法官一再引用。提出和打赢这一案件的主人公不是美国公民，而是一位被美国一些白人打压和欺压的华人洗衣店老板益和。这一案件成为美国法学院教学的经典案例，他的名字为所有学习和研究美国宪法的学者和学生所熟知。

一、加利福尼亚的排华潮中国人开始向加利福尼

亚移民不久，加州就出台了一些不利于华人移居加州的措施。1852 年，也就是第一批华人来到加州的第三年，加州议会便通过了一项歧视性的税法，主要目标是针对华人淘金矿工。很明显，这一法律是出于对华人的偏见，有关立法报告把那时的华人描绘为“怪异的和下等的种族”，“无信义可言”。一些白人矿工也开始攻击华人，一些华工被杀，他们的营地被焚烧。1854 年，加州最高法院甚至裁定华人无权出庭作不利于白人的证词。这一决定导致进一步的排华暴行，因为那些暴徒知道他们不大可能会因为他们的罪行而遭到惩罚。

最后，旧金山也加入到到这一排华的运动中，在 1870 年代和 1880 年代通过了一系列旨在限制华人洗衣店的法律。当时在旧金山大约有 24 家华人洗衣店，由于华人的刻苦耐劳，这些洗衣店日益成为在美国的中国人经商才能和经济成功的象征，同时似乎也向加州的其他人证明，华人决不仅仅是暂时的寄居者，

而是像其他民族的移民一样有意在美国永久定居。

由于华人洗衣店的存在威胁到白人拥有的洗衣店，同时它们又分散在白人居住的地区内，这样，它们很自然也很容易地成了攻击的目标。地方的报纸不断鼓噪，要求用法律来取缔华人洗衣店。商界的头面人物也积极响应这种无理但对他们有利的要求。1877 年 7 月，连着三个晚上，一伙暴徒在旧金山的居民区洗劫了华人洗衣店，他们砸玻璃，毁设备，抢东西，所到之处遍地狼藉。

面对这些明目张胆的破坏，旧金山的市政当局（the board of supervisors）反而通过一系列精心设计的法律，企图把华人洗衣店从市内赶走。1873 到 1884 年间，它们通过了 14 项被称为“洗衣店条例”（laun or dinances）的法律，其动机就是排斥华人。立法机关清楚地知道社会上敌视华人企业的鼓噪，它同时也明白，除非它所通过的法律看上去不偏不倚，否则就会违背《1870 年民权法》

（theCivilRightsActof1870）,很可能还会与宪法第14 条修正案“平等保护条款”相冲突。如果有关条例专门把华人作为目标，法院无疑会宣布它们无效。因此,这些立法者设计了一种精细和复杂的许可证制度,并赋予执法官员基本上是任意处置的权力来管理洗衣店业务。

其中导致益和控告霍普金斯的法律就很有代表性。1880 年 5 月 26 日通过的第 1569 号条例和 1880 年 7 月 28 日通过的第 1587 号条例规定，任何在市内的木制建筑中开办、维护和经营洗衣店的人都必须从市政当局获得营业执照。旧金山 320 家洗衣店中大概有 310 家开在木制建筑中，因此绝大多数店主都受到这两项条例的约束，拒不服从者将被罚款 1,000 美元,或者最长不超过 6 个月的监禁,或者两项并罚。问题是,没有一个条例规定了给予和拒绝营业执照的标准,这就给市政当局任意的裁断权,使它可以随心所欲地接受或拒绝有关申请。结果，所有被认

定为华人的洗衣店老板的申请均被拒之门外，而所有的白人申请者皆一路绿灯，拿到执照。

二、华人的抗争面对市政当局的敌意，华人并没有退缩。华人洗衣店主意识到团结合作的重要性，他们组织在一起，成立了一个强有力的自卫性的行业协会“同心堂”（the Tung fling Tong），来抵制明显不公正的法律行为。这个行业协会号召其会员拒不服从歧视性的法律，出资设立法律基金来支付打官司所需的律师费和其他在法院挑战这些法律所需要的费用。同时，它还协调成员间的关系，规定统一价格，划分各自经营的地盘。最重要的是，它下决心告到法院，挑战市政当局立法的正确性。

益和成为挑战 1569 和 1587 号条例的最佳原告人选，因为他在同一个地方经营洗衣店已经 22 年了，期间他的所有经营行为都符合各种各样的卫生和安全规定。事实上，他从消防部门拿到的合格证称，洗

衣房的结构和地基都通过了检查，“具备经营洗衣店的一切条件”。公共卫生部门的合格证表明，洗衣房达到了所有必要的卫生标准，也没有影响邻里的环境卫生。但是，市政当局却在新的洗衣店条例下拒绝了他的营业许可申请。在同心堂的鼓励下，益和与其他150家和他有同样遭遇的华人洗衣店主一起，决定无视条例和市政当局的歧视行为，照常经营他们的洗衣店。不久，他们全部被捕，一场官司于是开始。

益和控告逮捕他的警长（sheriff）霍普金斯，直接将官司诉诸于加州最高法院，请求法院下达人身保护令状，使之获得自由，矫正旧金山市政当局的错误做法。同心堂特地为益和请了旧金山著名的律师麦卡利斯特（Hall Mc Al lister）为他出庭辩护。作为一位出色的辩护律师，麦卡利斯特可以说是19世纪美国最了不起的法庭律师之一，事业相当兴盛，而华人一向有聘请一流律师代表他们的习惯和名声，因此，华人聘请他也就不足为奇了。

益和指控洗衣店条例违反了加利福尼亚州宪法、美国联邦宪法和 1880 年中美条约。但是，加州最高法院拒绝了这些指控。与此同时，另一个中国洗衣店店主和利（WoLee）把同样的官司打到了加州地区美国联邦巡回法院。尽管他的权益要求也被打回了头，但是法院裁决书中的有关内容给华人带来了一线希望。该巡回法院对那些很成问题的洗衣店条例表示了强烈的保留意见。考虑到这些条例的歧视性后果，法院担心这些条例实施结果将是把华人的洗衣店“赶走”，并“给予那些主要由白人资本建立和经营的大企业以垄断地位”。它还对洗衣店条例的执行感到不安，因为它给予了市政当局无限制的裁量权。

益和与和利遂分别向美国联邦最高法院提出上诉。因为两个案子内容几乎完全一致，最高法院便一并审理，并把它的审理重点放在一个至关重要的问题上：申诉者是否被剥夺了美国宪法或美国联邦法律给予的权利？

三、最高法院主持公道在最高法院具有历史意义的判决中，大法官斯坦利。马修斯(Stanley Mathews)代表法院宣布了一致同意的判决：裁定两位申诉者的权利被侵害了，下令立即予以释放。

为作出这个决定，法院首先肯定了联邦巡回法院先前在郭湖安诉美国（Ho Ah Kowv.Nunan）中确立的原则：第14条修正案的平等保护适用于美国公民，同样也适用于非公民。在明确了华人洗衣店店主虽非美国公民但仍受宪法保护之后，法院审查了市政条例以确定其是否符合宪法。法院对条例赋予市政当局广泛的裁量权深感震惊。它发现这两个条例规定了“‘对申请人的申请’批准与否的赤裸裸和专断的权力”。更为重要的是，虽然条例看上去中立，但其执行的方式却使这种中立大打折扣。法院宣称，在条例执行中，它们是专门针对一个特定的人群（也就是说中国人），这实际上否定了对华人的法律的平等保护。

最后，法院指出："尽管条例本身是公正的，表面上也不偏不倚，但是，如果公权部门带着恶意的眼光并以不平等的方式执行和应用它们的话……那么，对平等的公正(equaljustice)的否定仍然为宪法所禁止。"正是这一立场——表面公正的法律，但却不公正地加以运用——也违反宪法的平等保护条款，使本案开创了一个先例。像联邦巡回法院在郭湖安诉美国所作的那样，最高法院现在明确表示，法院可以超越法律的表象，从宪法的角度来评价它。在这样作时，它把这一原则又向前推进了一步，赋予了平等保护条款以新的解释：法院能够考察一项法律是如何执行的，进而决定它是否符合宪法的标准。

在1950年代和60年代民权运动中，益和案受到了广泛的注意。当时很多美国少数族裔团体，包括非洲裔和亚裔挑战一些州的种族歧视法律和政策，诸如否认他们的投票权、对学校和居住区进行种族隔离、以及禁止种族通婚等。这些案件都强调一点，各州的

歧视少数族裔集团的法律违反了平等保护条款。而当时的沃伦法院对民权案件的关注以及作出的有利于少数族裔的判决，很大程度上就是根据平等保护条款，而益和案则是他们援引的主要先例。这样，1886 年的益和案，半个多世纪后成为 20 世纪中期美国有关平等保护法律的一个主要基石。作为讨论宪法平等保护条款被引用次数最多的一个案例，益和案至今一共被引用了 125 次。

第十一章

20 世纪美国反托拉斯垄断的第一枪

——北方证券公司诉美国案（1904）

十九世纪后半叶，资本主义放任自流、蓬勃发展，“美国梦”展示出全新的图景，新兴的“金元帝国”制造出摩根、卡耐基、洛克菲勒这样一批亿万富翁，形成了不可一世的庞大财团。但是，“创造财富”的神话常常演变为“掠夺财富”的现实，托拉斯（是英文 trust[信托]的音译。它是一种工商业组合形式，加入这一组合的公司把它们的股权交由一个专门成立的董事会来管理。在美国，这个词后来泛指所有有垄断倾向的大规模公司组合，成为垄断的代名词）这一独特的垄断形式的出现演绎了大鱼吃小鱼的故事，独立的中小企业沦为工业巨子、金融寡头的美味佳肴。

诞生于自由竞争之中的垄断侵害了自由竞争本身，弱小的群体寄希望政府的保护。美国最高法院再次走上了历史的前台，它在北方证券公司诉美国（Northern Securities Co. v.United States）一案中的判决多少遏制了垄断蔓延的势头。

一、铁路垄断《反托拉斯法》出台 19 世纪 70-80 年代，美国铁路发展迅速，垄断也随之形成。

一方面，为抓住大的客户，铁路部门开始用“回扣”的办法来吸引和稳住谷物商、屠宰业主、煤炭商等大客户。对铁路来说这一做法稳定并提高了货运量，对运输大户来说大大降低其商品的运输费用，减少了成本，以赢得更大的市场份额和更高的利润。

另一方面，铁路又通过抬高小城市运费、支线铁路运费和零散商品运费的方法来弥补其支付“回扣”的损失。实际上，就是通过欺小扶大、拉强压小的办法达到收支平衡，甚至谋取暴利。

因此，铁路成为商业运营的“调节阀”：对大户，它意味着快捷、方便、低廉的服务，对小户，它代表着傲慢、限制、昂贵的代价。对于这种歧视，没有人加以质疑，因为根据当时法律，铁路大亨们拥有凭借自己的财产去做他们乐意做的一切事的权力。1895年的一篇法律论文指出：“任何国家都不存在如此不受限制的公司权力。”“这是公司的时代。”

1882 年 7 月，铁路巨头们聚会新英格兰的避暑胜地，就煤炭进入市场的数量和价格达成了协议，以操纵市场价格。它直接的恶果是，1883 年秋，纽约爆发了煤炭价格暴涨和波及广泛的抢购狂潮。不仅如此，所有依赖于铁路运输的东西——木材、肉类、蔬菜、水果、羊毛、棉花——都被垄断控制着。中小农场主们更是发现铁路贵族拥有了巨大的货仓以囤积谷物，他们只能面对两难的选择：或者支付居高不下的铁路运费，或者付出储存粮食的高额代价。可怜的农户只得眼看着自己辛勤的劳动果实成为铁路大亨

的囊中物。当时的一位观察家写道:作为农民,他“孤苦零丁,软弱、穷困、无知,要打10美元或100美元的官司,他必须自己去单挑富有的铁路公司”。

农户的不幸遭遇,市场的动荡,使地方上有良知的官员和国会议员感受到了巨大的压力。政府开始取证调查铁路部门是“如何制定运费”的,有关听证会也在各级议会展开。

但是,在早期资本主义放任自由的时代,禁止政府干预市场经济活动成为一项金科玉律。当州和地方政府试图通过规范铁路运费的法案时,联邦法院的法官们便出面干预了:各州不享有干预州际商务的权利,只有国会才拥有这项立法权限。

显然,解决问题的“钥匙”掌握在国会手中。1887年,国会通过了《州际商务法》(the Interstate Commerce Act of 1887),它禁止在铁路运输中支付“回扣”。三年后,国会又通过了共和党参议员谢尔曼(Sherman)提出的《谢尔曼反托拉斯法》(the

Sherman Anti-Trust Act of 1890)。根据宪法授予国会的管制州际商务的权力，该法规定任何限制州际商务和对外贸易的垄断和阴谋垄断的商业契约、行为和联盟都是违法的。谢尔曼不无担心地指出，如果不控制垄断，美国人最终会面对“一个控制了一切生产的托拉斯和一个决定了一切生活必需品价格的主人”。这一法律宣示了美国的一个基本国策：维持公平的市场竞争。

但通过法律是一回事，执行法律又是一回事。工业巨头和铁路大亨千方百计地回避法律约束，钻法律的空子，而保守的法庭也常常站在他们一边。在著名的美国诉奈特公司案（United States v. E. C. Knight，1895）中，最高法院以 8 比 1 判决说：在宾夕法尼亚州（Pennsylvania）内进行的糖业托拉斯的合并并没有直接涉及州际商务，因此不属于联邦政府管辖范围。至于这家控制了全国 95%白糖产生的糖业托拉斯是否只在宾夕法尼亚销售它的产品则不关最高法

院的事。最高法院后来承认这一判决使“反托拉斯法成为一纸空文”。

法律的神圣性和权威性就这样遭到了嘲弄。一位幽默作家挖苦说：对百姓来说《谢尔曼法》是堵石墙，但对大公司来说它是座凯旋门。

但有一个政治家却决心恢复人们对反托拉斯法的信心，他就是刚刚上任的年轻总统西奥多。罗斯福（Theodore Roosevelt，即老罗斯福）。1901 年，美国总统威廉。麦金莱（William McKinley， 1897 - 1901 年任职）遇刺身亡，老罗斯福作为副总统继任。他是美国当时最年轻的总统，任职时还不到 43 岁。

老罗斯福虽然出身于新英格兰的名门望族，却相当平易近人。他热爱自然，只身在美国西部置地放牧，并成为现代环境保护运动的先驱。在他任总统期间美国建立起第一批国家公园，其中包括闻名遐尔的黄石公园。

老罗斯福文能写书，出版过《赢得西部》史书 4 卷；武能打仗，1898 年美西战争爆发时，他辞去助理海军部长的高位，从西部牛仔中拉起一支队伍，号称“美国第一义勇骑兵团”，以上校团长身份率领他们杀向西班牙控制的古巴，大获全胜，赢得了“彪悍骑手”的美誉。

老罗斯福抱负远大，但却扎扎实实。他既当过民选的州议员和纽约州州长，也干过吃力不讨好的基层公务员。在纽约市任警察局局长期间，正值美国“Muckrakers”（黑幕揭发者，也称耙粪者）积极推动市政改革，他与这些改革家密切联系，努力整顿城市治安，并由此对下层百姓的苦难有了切身的体验，产生了一种历久不渝的同情。

在主政纽约时，老罗斯福大刀阔斧推行革新，反腐倡廉，锐意进取，赢得了民众的支持，却得罪了当地腐败的共和党党魁党棍，他们利用政党机器，把老罗斯福推出去担任没有实权的副总统，以便重新控制

纽约的政治。结果，此举反而成全了老罗斯福的抱负，才当半年副总统就继任总统，让共和党的保守派叫苦不迭，大骂“那个该死的牛仔竟然当上了合众国总统”。

保守派当然有理由仇视老罗斯福，因为他深信总统的一项重要职责是保护公众利益，限制和打击各种特殊利益集团。他认为美国最大的威胁是两种人：暴民和富豪。暴民可能会被政客蛊惑人心的煽动而造反，富豪则缺乏起码的做人道德，他们永不满足的贪婪只能刺激暴民，引发社会动乱。

当时美国富豪贪得无厌，为了获得财富，他们不择手段地垄断市场，扰乱市场秩序。作为公平竞争哲学的信奉者，老罗斯福对垄断行为恨之入骨，对法院的无所作为深恶痛绝。当上总统后，他便拿出牛仔彪悍的劲头打算跟托拉斯的巨头们干上一仗，恢复人们对反托拉斯法的信心。

千夫所指的铁路巨头成为老罗斯福最好的目标，而 1901 年春一场围绕铁路收购的证券风暴正好为他

提供了千载难逢的良机。

二、两强相争 北方证券出笼这场证券风暴的主角是两个铁路大王詹姆斯。 希尔（James.J.Hill）和哈里曼（E.H.Harriman）。

希尔是个白手起家的铁路大王，14 岁就投身商海，几经挣扎，最终圆了他的“美国梦”，成为亿万富翁。拥有将近三分之一美国西北铁路网（号称大北方 Great Northern）后他仍不满足，因为他的目标是吞并美国西北部全部的铁路网络，为此他开始在股票市场上收购相关铁路（伯灵顿铁路）的股票。为了支付高昂的收购费用，希尔把他购得的大部份股票转售给华尔街最大的金融财团——摩根财团——控制的北太平洋铁路公司（Northern Pacific）。

希尔的这一做法引起了哈里曼的不满。哈里曼控制着西北部一半以上的铁路网，跟希尔是死对头。希尔的做法简直就是在太岁头上动土，正应了一句老话：

不是冤家不聚头。在摩根财团的对手洛克菲勒（Rockfeller）财团的支持下，哈里曼遂大肆收购“北太平洋铁路公司”的股票，试图实现对“伯灵顿铁路”股票权的间接控制。

股票市场上的竞买现象引起了股价的剧烈波动，“北太平洋”股价由当年初的每股 85 美元激升至 5 月份的每股 160 美元。随着摩根和希尔反收购行动的介入，股价更是飚升至每股几百美元。股价的急剧上涨助长了证券市场的投机行为，买空卖空愈演愈烈，特别是随着大量“热钱”涌向“北太平洋”股票，人们纷纷抛售其它股票来套现，转买“北太平洋”股票，结果，转瞬之间，几乎所有其它证券的价格都急速下跌，大量财富在这场铁路巨头之间的股权激战中灰飞烟灭。小户和散户股民叫苦不迭，哭天抢地，大骂“铁路强盗该死”。

为了避免两败俱伤，“华尔街大王”摩根提出了一项全新垄断计划，以整合希尔和哈里曼的力量，组

建一个超级托拉斯“北方证券公司”（the Northern Securities Company）。这个庞然大物在新泽西州注册，持有97%的“北太平洋”股票和75%的“大北方”股票，将两个铁路网均纳入其中。就这样，垄断的利益从此取代了恶性的竞争，昔日的冤家握手言欢，摩根、洛克菲勒、希尔和哈里曼这些金融和铁路巨头们共同掌握了世界上最庞大的铁路联合体，由垄断所产生的巨大利益也将由此源源而来。

三、总统出马 《反托拉斯法》重生北方证券公司的出现，标志着美国铁路垄断达到了颠峰。但物极必反，铁路巨头在证券市场上的兴风作浪引起了罗斯福总统的高度关注。他敏锐地意识到，北方证券公司的出现只是一个先兆，它不仅能够垄断美国西北部所有的铁路，而且还可能完全控制全美的铁路，成为全国贸易和经济的桎梏。如果这一切成为现实，社会财富将加速集中到像摩根、洛克菲勒、希尔和哈里曼这

些“强盗大王”手中。更重要的是，这种垄断最终将摧毁美国人最珍视的机会均等、公平竞争的价值观。

经过充份的准备，老罗斯福吹响了反托拉斯的号角。他表示：“在对付我们称之为托拉斯的大公司方面，我们绝对必须拿定主意，按渐变而不是革命的办法行事。……我们的目的不是要取消法人公司；正相反，这些大集合体乃是近代工业制度不可避免的一种发展。……我们要想调节和监督这些公司，就须先在我们的思想中明白确定，我们不是攻击它们，而是力求消除他们的一切弊害，否则我们就做不出任何有益的事情。我们对这些公司并无敌意，只不过是决心要使它们经营得有利于公众。”基于这一出发点，老罗斯福决心恢复《谢尔曼法》的生命力。

1902 年 2 月 19 日，老罗斯福的司法部长诺克斯（Philander Knox）宣布：北太平洋和大北方的合并违反了《谢尔曼法》，美国政府将调查并控告北方证券公司。此言一出，华尔街顿时哗然，股市应声而

下，其冲击力就像一年前麦金莱总统被刺身亡一样。

华尔街的大亨们立即开始活动，利用游说、交易、利诱等种种手段与政府展开较量，向老罗斯福施加压力。摩根甚至亲自出马到白宫拜访老罗斯福，软硬兼施。据老罗斯福回忆，摩根称："如果我们有错，你可派人来和我的人谈，他们能够把事情摆平。"老罗斯福回答说"没法这么办"，诺克斯加了一句："我们不想把它摆平，我们想制止它。"

既然老罗斯福决心已定，不买华尔街的帐，摩根等财阀便高薪聘请最善辨的律师，准备在法庭上负隅顽抗。老罗斯福也采取了针对性的两手，顶住垄断大公司的压力。他一方面向全国发表讲话，直接争取民众的支持，另一方面开始了司法程序。

这时，美国 19 世纪末 20 世纪初进步运动（the progressive movement）的大本营明尼苏达州（Minnesota)先于美国联邦政府把北方证券公司告上了该州圣保罗的联邦地方法院。在立案之前，该州

检察长道格拉斯（W. B. Douglas）曾经特地去华盛顿拜访联邦司法部长诺克斯。诺克斯表示坚决支持："如果你根据明尼苏达州法的起诉失败，你就把那些任何能够说明北方证券公司违反联邦法律的证据给我，我亲自起诉它。"由诺克斯担当此任可以说再合适不过了，因为他本人就是公司律师出身，知道大公司的弱点所在。此后，他们开始交换各自掌握的控告北方证券公司的资料。

1902 年 3 月，道格拉斯代表明尼苏达州正式起诉说：明尼苏达州禁止任何一条铁路购买与之平行和竞争的铁路，而现在摩根和希尔所作的正是把平行的北太平洋铁路和大北方铁路合并，由北方证券公司统一控制。这既违反了明州法律，也违反《反托拉斯法》。

但法官洛奇恩（William.Lochren）却接受了辩方的意见，声称北方证券公司不是以一条铁路购买另一条正在与之竞争的铁路，而只是一家持有两条铁路股票的公司，因此，它不是限制贸易的垄断联盟。他

裁定明州政府败诉。

当时，诺克斯已指示联邦在圣保罗的检察官准备起诉北方证券公司违反《反托拉斯法》，现在的这一结局无疑是敲山震虎，使美国联邦政府很难在同一法院打赢同一类型的官司。但天无绝人之路，国会这时恰好通过的一项新的法律规定，为审理涉及重大公众利益的垄断案，联邦政府可以设立专门的由三位法官组成的临时性地区法院。据此，1903 年春，联邦政府在密苏里州的大都市圣路易斯专门成立了三法官地区法院（Three-Judge District Court）来控告和审理北方证券一案。（当时，美国联邦地区法院一般只设立一个法官席位，而三法官地区法院是一种比较特殊的临时性的联邦地区法院，通常是为某一类型的案件而专门设立，由两名地区法院法官和一位上诉法院法官组成，一旦案件终结它就解散，对它判决的上诉可以直接向联邦最高法院提出。三法官地区法院最早是为执行反托拉斯法而建立的，但后来其管辖内容

也扩大到公民质疑联邦立法是否违宪的案件。1960年代，这一法院曾经被广泛运用到民权案件。）

四、决战法院 政府战胜垄断财团在圣路易斯法庭，代表联邦政府出庭的是助理司法部长贝克（James M.Beck）。针对圣保罗法院的判决，他强调，一条铁路购买另一条铁路所形成的垄断与北方证券购买控制两条铁路的控股权之间并无本质上的差别，完全是半斤八两。他再次表达了老罗斯福总统的担心：如果北方证券所作所为合法，那么摩根、希尔之流就可以购买并控制全国所有铁路，而通过控制铁路运费，他们甚至能够控制全国的经济，从而会比美国政府还强大。

1903 年 4 月 9 日，4 位法官一致判决北方证券败诉，下令其停业。判决称“这家证券公司拥有被国会指控为非法的特征。……它摧毁了自然竞争者……之间相互竞争的所有动机”。他们解释说，北方证券

的股票持有者绝不会允许这两条铁路间的竞争，因为任何一条铁路都不会降低运费或者增加服务来吸引另一条同样也属于自己铁路的客源，这显然就构成了一种垄断。

北方证券不服，于1903年5月11日向最高法院提出上诉。由此，北方证券与联邦政府的较量进入了最后决定阶段，鹿死谁手难以预测。

当时最高法院的首席大法官仍然是审理奈特案的富勒（Melville Weston Fuller，1888 - 1910年任职），唯一反对奈特案判决的大法官哈伦（Marshall Harlan，1877-1911 年任职）也没有退休。但此时有了三个新面孔：来自加利福尼亚的共和党保守派麦肯纳（Joseph McKenna，1897 - 1925年任职）、来自纽约的铁路公司律师出身的佩卡姆（Rufus W.Peckham，1895 - 1909 年任职）以及来自马萨诸塞州最高法院的开明派法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes，1902 - 1932 年任职）。没有人

能知道他们最终会作出怎样的决定。这三位新人中只有霍姆斯是老罗斯福任命的。当时，来自马萨诸塞州的大法官格雷(Horace Gray ,1882 - 1902年任职）因病辞职，老罗斯福决定选霍姆斯接替。这里自然有地域上的考虑，但更主要的是，霍姆斯在一系列劳工权益案子上同情弱者的立场给老罗斯福留下了深刻的印象，他希望随着霍姆斯的加入，最高法院不仅有新人，而且能够有新思想、新观念。

为了确保政府的胜利,老罗斯福顶着炎炎烈日在新英格兰和中西部奔走呼号，四处演讲，揭露非法垄断的危害，以此来动员民众，给最高法院施加无形的压力。他一遍又一遍地重复他对国会所说的话：

“是工业巨子铺设了横穿全国的铁路网，建立了我们的商业，并且开拓了我们的制造业。他们总体上为我们的人民做出了极大贡献。没有他们，我们引以为自豪的物质发展永远都不可能出现……”

“我们划定反对行为不端的界限，但并不反对财

富……”

“我相信那些阻止和损害竞争的垄断和不仁不义的歧视……以及托拉斯机构中有害于州际商务的其它弊端，都能够通过国会调节商业的权力加以制止。”

“各级法院……四分之一世纪以来充当了反动势力的代理人，它们作出许多互相矛盾的、但总的来说是与人民利益相敌对的判决，从而把国家和各州都弄得几乎软弱无力，不能对付那些大企业组合。”

1903 年 12 月 14 日，最高法庭的槌声标志着北方证券案进入最后阶段，控辩双方的唇枪舌箭回荡在气氛紧张的审判大厅里。在下级法院反复较量的陈词最终归结到两个焦点上：一，北方证券公司是否限制或密谋（Conspiracy）限制州际商务或者竞争；二，权力庞大的垄断是否摧毁了其他人的权利。

北方证券的律师搬出了他们的杀手锏：个人产权的神圣性。他们辩称，北方证券不存在限制州际商务和竞争的密谋。公司领有合法的执照，其法人权利与

自然人相同，因此，它可以和自然人一样自由地处置它的财产，行使合法权利。政府如何能够破坏这一神圣的产权？显然，他们开始挑战反托拉斯法的合宪性。

面对这一挑战，联邦政府代表、司法部长诺克斯毫不退让。他针锋相对指出，反托拉斯法的“实质就是要干涉那些利用自己财富为所欲为的人的权力，这就是该法的唯一目的”。

庭辩结束后，最高法院内部整整辩论了几个星期。哈伦大法官等四人站在政府一边，富勒等四人则同情北方证券。剩下的布鲁尔（Brewer）大法官的一票至关重要，他曾经在奈特案中站在托拉斯一边，此时，在权衡再三之后，他毅然站在了政府的一边。

5比4，美国政府赢了。但是，它赢得非常勉强，因为布鲁尔虽然接受了北方证券公司合并案违法的判决结果，但却完全不同意哈伦等4位大法官的意见，因此，1904年3月13日哈伦宣读的只是代表4位法官的意见书。在《美国最高法院判例报告汇编》中，

这一意见书不像通常那样叫“法院意见”，而是称“认可（下级法院）命令”（affirming decree）意见。

最高法院修正了它在奈特案中的立场——控股公司不直接涉及州际商务，指出反托拉斯法适用于任何一种联合或联合企图，因为它们会消除从事州际商务、有竞争关系的铁路间的竞争，结果导致对此类贸易和商务的限制。针对反托拉斯法损害契约自由的论调，哈伦指出：“宪法对契约自由的保证，并不禁止国会为那些从事州际贸易和国际贸易的公司制订自由竞争的规则。……国会有权通过反托拉斯法。”他认为契约自由决不暗示着一个公司和一群人拥有蔑视国家意愿的自由，而在正常情况下国会法律的实施也不会损害个人争取和保有财产的一般性自然权利，这一权利与所有其他权利一样，其运用必须受到法律的管制。他宣布，新泽西州给予北方证券营业特许的作法妨碍了联邦国会行使其管制州际商务的宪法权力，因此无效，北方证券公司必须解散。

值得注意的是，唯一由老罗斯福任命的大法官霍姆斯却投了反对票。这既出乎人们预料，更令老罗斯福极为光火，称“我用香蕉都能雕刻出一个比（他）更有骨气的法官”。霍姆斯对这一评论不屑一顾，他巴不得老罗斯福不喜欢他，从而维持自己超越党派的独立立场。

霍姆斯所撰写的异议主要基于其对《谢尔曼法》字面的理解，他认为该法没有一个地方提到竞争，它只禁止专断（exclusion），并没有保护竞争。保护竞争可能是禁止专断原则的一个后果，或者是这一原则的基础或目的，但它毕竟不是原则本身，因此，以保护竞争为由裁定北方证券官司违反《谢尔曼法》站不住脚。

有论者认为，霍姆斯的立场实际上与他的历史哲学有关。他曾经在不同场合表达他对《谢尔曼法》的反感，认为它缺少前后一致的逻辑。在他看来，保护竞争可以成为一种希望和诉求，但不能成为一项法律

规则。霍姆斯在本质上是位必然论者（fatalist），相信产业间的合作、集中化也就是垄断化在所难免、势在必行。他相信，原始竞争的时代已经过去，资本主义进入了一个新的阶段，新的组合和集中形式将主导经济，规模经济不可抗拒且永无终结。因此，他认为对立法机关或其他任何人来说，试图阻止历史发展的步伐是徒劳的，事实上也是非常可笑的。

五、判决影响重大 反垄断任重道远最高法院的判决意味着自由、公平竞争原则的胜利，也意味着美国垄断企业的黄金时光开始结束。老罗斯福对这一判决非常满意，对他来说，反托拉斯法虽然不可能一劳永逸地解决垄断问题，但政府胜诉的意义在于，最高法院终于转变了立场，认同了行政当局的作法，这样，联邦政府终于建立了其监管大公司活动的权威，这是至关重要的第一步。他在后来写的自传中指出：1902年对北方证券公司开刀时，问题不是大公司是否应当

加以控制，“致命的问题是政府是否有控制它们的权力”，而只有在这一权力确立后，才能进一步考虑“使用这一权力的正确方法”。

有了良好的开头就获得了一半的成功，这句话用在罗斯福政府上再恰当不过了。此后，肉类托拉斯和烟草垄断也被打破了，老罗斯福因此赢得了“托拉斯杀手”（trustbuster）的美誉。

1911 年，最高法院判定洛克菲勒财团的美孚石油公司（Standard Oil Company）涉嫌垄断，必须解散，并处以当时美国历史上最高昂的“罚款”——2924 万美元。虽然此时老罗斯福已是一个平民，但看到这个在自己任内开始的诉讼最终有了圆满的结果，自然感到莫大安慰。

不过，这笔罚款比起洛克菲勒财团富可敌国的财产来不过是九牛一毛。大概是为了赎罪，洛克菲勒财团的掌门人约翰。洛克菲勒（John D.Rockfeller）在此后的生涯中，将他拥有的 5.4 亿美元——相当于今

天的60亿美元——财产捐给了以医学研究和教育为主的许多慈善项目，转眼成为到那时为止世界上最大的慈善家。据说，在无情地排挤同行、消灭竞争对手的职业生涯中，他却过着清教徒式的生活，他从未抽过一支雪茄和喝过一杯香槟！可是，美国的反垄断并不是针对个人财富，而是针对不公正的商业行为。

《谢尔曼法》终于得到了实施。后来，美国国会还通过了新的反托拉斯法，建立了专门的反垄断机构——联邦贸易委员会和司法部的反托拉斯局。美国人终于确立起一种信念：像政府的权力会导致腐败一样，工商界的权力也会导致经济上的腐败——垄断。政府有责任限制垄断，以维护自由竞争的市场秩序，只有这样，美国人在享受可口可乐的同时，还能有百事可乐的选择。

第十二章

争取劳工权益的漫漫长路

——有关劳工权益的几个案子

霍姆斯是美国著名的最高法院大法官（1902-1932 年任职），一向以见解独到、思想超前著名，因而有“伟大的异议者”的美誉。他有句名言：“法律包含了思想交锋中获胜一方的信念。”

在美国，长久以来一项“获胜的信念”就是：任何人都可以自由地凭借其财产做他们想做的事情。在劳资关系中，这一思想就表现为：老板深信，他可以自由地决定其雇员的工作时间、工作条件和工作报酬，不受任何外来干预和限制，雇员要么接受，要么就滚蛋，绝无讨价还价的余地。契约至上和财产神圣成为老板们的金科玉律，不可侵犯。

在 20 世纪前期，这种思想及其行为受到普遍的认可，在劳资双方发生冲突时，政府也常常站在资方一边。随着大工业的兴起，现代劳工阶级不断扩大，受到资本家盘剥的人也越来越多。哪里有剥削，哪里就有反抗，像他们的欧洲兄弟一样，美国的劳工阶级也常常采取罢工、组织工会的形式进行反抗。但和他们欧洲兄弟不一样的是，他们更多的是利用法律武器来争取自己的合法权利。而且，他们通过罢工和组织工会获得的权益最终也必须通过法律来固定下来。

因此，一位历史学家曾经评论说：美国的社会立法虽然比欧洲一些国家落后 30 年，“可是劳工通过法律获得的成就，大概要比通过罢工或其他暴力手段取得的更多一些”。

在争取劳工权利的斗争中，美国联邦最高法院在相当长的时间内站在资本家一边，劳工们艰苦斗争获得的若干成果最终被最高法院的判决化为乌有。但是，对劳工苦难的同情，对社会正义的信念，也使一些开

明的大法官勇敢地挑战有产者长期以来拥有的主导观念和种种特权。霍姆斯和他的好友路易斯。布兰代斯（Louis Dembitz Brandeis）就是美国 20 世纪前半期劳工权益最积极的捍卫者。

一、霍姆斯：与时俱进的大法官霍姆斯出生在美国东北部马萨诸塞州的波士顿，其父亲是哈佛大学医学院的教授，也是位有名气的诗人，母亲是马州最高法院首席大法官的千金，父系和母系两个家族都是当地的世家望族，因此他从小生活在“往来无白丁，谈笑皆鸿儒”的环境中。在哈佛大学读书时正赶上南北战争爆发，霍姆斯毅然投笔从戎。战争期间他先后三次负伤，其中两次危在旦夕。大难不死的经历养成了霍姆斯勇敢和坚毅的性格。受外祖父的影响，他拒绝了从政和经商的诱惑，终身与法律为伍，先是律师，后是哈佛法学院的法律史讲座教授。他在 1881 年出版的《普通法》（The Common Law）成为美国法学

的不朽名篇，确立了法学的社会和现实主义学派。接着，他又从书斋走向法庭，1882 年出任马萨诸塞州最高法院的法官并在 1899 年升任首席法官。1902 年，他 61 岁时成为联邦最高法院大法官。

霍姆斯对宪政和法治的坚定信念成为后来无数法律学生的楷模，他的众多著述成为法学的名著经典。1885 年在一次律师协会的聚会上，他解释了自己为什么选择了法律生涯：

“毫无疑问，如果思考并去理解事物之间的相互联系，任何事情都饶有趣味。当你不懈地追求，每一种职业都很了不起。但任何职业都不能像法律那样给予如此开阔的眼界去感受人类灵魂内在的能量，去深刻体验生命的激流。它能够让它的从业者以目击者和参与者的身份去分享生命的情感、奋斗、失望和凯旋。……法律就象魔镜，反映的不仅是我们的生活，而且是曾经存在过的所有人的生活！每当我想到这一宏伟的主题，我都难以自制。”

他认为法律必须反映时代的潮流，在一定程度上需要与时俱进，与传统的观念决裂，适应不断变化的生活，而不是相反。1913 年，在一年一度的哈佛大学法学院校友聚餐会上他诚恳地告诉他的校友："我们也需要……学会超越我们自己的信念，让有序的法律变化去废除我们曾经珍视的东西。"在论及法律本身与法官个人倾向的关系时，他更明确地表示：国会有权力通过"民众"所需求的任何新的立法，只要这些新法律在宪法范围之内。

霍姆斯这种开明立场难免与他最高法院的保守派同事格格不入，1905 年的洛克纳（Joseph L.ochner）诉纽约案就是一个例子。

该案是霍姆斯担任最高法院大法官后面对的第一桩重要的劳工权益案。当时，经过工人阶级的艰苦斗争，纽约州终于通过一项法律，禁止面包房老板让雇工每天工作 10 小时以上。一个叫洛克纳的老板第二次违反这一法律时，法院对他处以 50 美元的罚金。

洛克纳不服，最终把这个案件上诉到了最高法院。

洛克纳的辩护律师声称 :纽约州的这项立法偏袒工人，损害老板，因此违反了宪法修正案第 14 条中“平等保护条款”；而且，宪法第 5 条修正案也禁止各州不经过正当法律程序剥夺任何人的生命、自由或财产权 ,而“程序”就是为了保护个人权利而建立的，因此 ,这一带有偏向的立法剥夺了洛克纳与其工人们签定契约的自由 ,因而也就等于剥夺了洛克纳处置其财产的权利。

实际上 ,美国宪法原文中并没有把契约自由看作是公众自由的一部份。但原告律师之所以如此理直气壮 ,其奥秘就在于 ,19 世纪最后 20 多年是美国历史上著名的“镀金时代”，社会达尔文主义盛行，弱肉强食 ,资本权力几乎决定了一切。美国最高法院开始强调 ,宪法第 9 条修正案的含义是除宪法明确的权利之外，人民还享有其他权利，这些权利同样为第 14 条修正案的正当程序条款所保护。最高法院由此推论

出，这些默示权利中有一项为契约自由的权利，特别是自由订立雇佣劳动合同的权利。这期间，最高法院通过一系列的判例确立并发展了这一原则，用其来宣告了很多涉及经济事项的联邦及州法律无效。于是，当年为保护黑人宪法权利的第 14 项修正案，衰变为对弱肉强食适者生存定律的法律承认和保护！正当程序保障的“自由”在经济市场便成为政府放任自流、无所作为政策的同一语。为此，美国著名宪法学者施瓦茨干脆用“法律达尔文主义”来概括这一时期最高法院的司法理念。

在当时的最高法院中，大部份法官思想保守，把斯宾塞（Herbert Spencer）的“自由主义”奉为圭臬。斯宾塞认为：政府应给商业活动充份的自由空间，社会本身会起到最好的调节作用，政府根本无需也不能干预经济生活。因此，经过激烈的辩论，最高法院以 5 比 4 的票数判原告胜诉。

大法官佩卡姆（Rufus Peckham，1896-1909

年任职）宣布了多数意见：“没有理由认为，面包房工人作为一个阶层，在智力和能力上与其他行业或作体力工作的人不一样；没有理由认为，缺少了州政府卵翼保护、以及对他们独立的判断和行动能力的干预，他们就没有能力行使自己的权利和照顾自己。在任何意义上，他们都不是政府的监护对象。”因此，纽约州政府没有合理的理由以保护健康为借口，通过规定面包房的工作时间来干涉个人的自由和自由签订契约的权利。

佩卡姆还表示，这限定工时的做法也损害了工人赚取额外收入的机会。因此，他认为纽约州的这一立法是多管闲事，超越了宪法授予它的“治安权”（police power）。在他看来，美国的缔造者所建立的政府是一个权力受到限制、无权干涉私有财产的政府，它不会干预人们出卖自己的技术、开办自己的工厂或管理自己雇员的自由。人们的商业行为完全是根据自然权利所拥有的私人领域。

洛克纳案判决所突出的是“正当程序原则”（doctrine of due process），这是1890年以来占主导地位的司法观念，强调个人的正当程序权利，保护市场的放任自流。这一观念的主要倡导者大法官戴维。布鲁尔（David J.Brewer，1889-1910年任职）曾经有过极端的表述：“对我来说，把政府视为家长的理论（The paternal theory of government）荒诞不经。让个人享有最大限度的自由，让他及其财产获得最充份的保护，既是对政府的限制，也是政府的责任。”正是根据这一司法哲学，为正当程序所保护的“自由”就成为政府在私人经济关系中撒手不管的同一语。

显然，最高法院的基本立场是，各级政府必须严格遵守最高法院从宪法第5及第14条修正案中推导出来的契约自由原则。这样，通过运用司法审查权，最高法院使自己能够决定政府的有关社会经济法规是否逾越了允许与不允许、合宪与违宪的界线。由于

洛克纳案的典型性，人们把 30 年代中期最高法院改变其保守立场前的时期称为“洛克纳时代”。

霍姆斯和哈伦等四位法官持异议。针对多数派认为纽约州保护劳工的社会立法剥夺了个人财产自由权的论调，霍姆斯发表了他著名的不同意见。他一针见血地指出：洛克纳并非被剥夺了自己的财产，他仍然拥有着自己的面包房。

至于契约自由权，霍姆斯认为它只是从某种特殊经济理论中推导出来的权利，而不应该被视为宪法权利。他强调，宪法解释不能从属于某种特殊的经济理论。他认为，纽约的社会立法“包含了一些信念或偏见，有些法官同意，有些则不同意。但宪法并非旨在体现某一种特别的经济理论：或是家长制，或是公民与国家有机体关系论，或是自由放任。它是为拥有根本不同思想观念的人制定的，当我们意外地发现某些观点是自然的和熟悉的，或者是令人诧异和震撼时，它们都不应该决定我们对包含这些观念的法律是否

与美国宪法冲突的判断。”

针对佩卡姆所云个人有为所欲为的权利，霍姆斯却强调这一权利止于他人权利行使的范围。因此，霍姆斯在法律上否认“绝对自由”的存在，坚持纽约州的立法反应了大多数人的意愿，并且是符合宪法准则的。

在随后十年的类似案件中，霍姆斯两度表达了同样的意见，站在劳工阶层一边。霍姆斯的异议无疑是那个时代最引人注目的话语，表达了无数社会改良者的共同心声，在知识分子中得到了广泛的回应。

对其保守派同事的所作所为，霍姆斯有一针见血的评论，这就是他们思想上的偏见，对欧洲传到美国的社会主义思潮的恐惧。他在 1913 年指出：“20 年前，当一种模模糊糊的恐怖感传遍地球、人们开始听到社会主义这个词的时候，我曾经认为，并且至今仍认为，恐惧已被解释成为在宪法或习惯法中没有任何正当地位的种种理论了。”

但是，需要小心的是，霍姆斯并不是一个民主主义者，更不可能接受社会主义思想。仔细研究霍姆斯的立场就会发现，他与其保守派同事一样对民主有着根深蒂固的忧虑。但是，有所不同的是，当保守派恐惧“多数暴政”时，霍姆斯却处之泰然——并不是因为多数就正确，而只是因为这是不可回避的现实。因为他相信立法机关所通过的法律包含了社会上“主导的观念”，它迟早会以这样或那样的形式流行，司法部门很难加以限制。从这个意义上讲，霍姆斯最了不起的地方在于他的现实主义。

但是，霍姆斯没有办法改变最高法院的主流看法。在 19 世纪末 20 世纪初，最高法院扼杀了上百项各州的社会立法。他对此无能为力，只能寄希望于未来。不久，他在最高法院有了一位坚强的支持者和同盟军。

二、布兰代斯：为女工和童工的利益而战 1908 年 1 月 15 日，当布兰代斯走上最高法院，在马勒诉

俄勒冈州案（Muller v.Oregon）中为可怜的女工捍卫《俄勒冈最低工时法》时，霍姆斯看到了希望。

布兰代斯是位充满正义感和同情心的大律师。他出生在肯塔基州一个犹太移民家庭，父母来自欧洲的波希米亚。1873-1875 年，他随父母在欧洲游历三年，并在德国读了三年大学预科。回国后，年仅 18 岁的布兰代斯被哈佛大学法学院破格录取。1877 年毕业时，他获得了法学院有史以来最好的成绩。1878 年布兰代斯成为律师。丰富的社会科学知识使他对现代工商业的运作和规范了如指掌，就连那些商界客户都自叹不如，因此，他不久就成为全美最成功的辩护律师，尤为擅长打经济官司。这给他带来了滚滚财源，当时律师的年收人一般在 5，000 美元，而他却达到了 5 万美元。

财富使布兰代斯过上舒适的生活，但他并不以此为满足，而有着更高的精神追求。19 世纪末到 20 世纪最初的 20 年，面对工业化进程中的种种腐败现象，

美国出现了一场中产阶级为主体的社会改良运动，史称进步运动。布兰代斯也积极投身到反腐败的斗争中，努力争取社会正义。他是美国最早一批出于公心（Probono）义务为民众打官司的律师之一，被当时的同行视为“有毛病的傻帽儿”，但平民百姓却赞扬他是“人民的辩护士”。显然，犹太人的背景使他对弱势社会群体的处境尤为关注。在当时，犹太人也被白人种族主义者视为劣等民族，连他们有特色的长相都成为嘲讽的对象。

马勒诉俄勒冈案就是布兰代斯为民请命的官司之一。由于洛克纳案在先，布兰代斯知道，光靠法律逻辑他几乎不可能打赢这场性质相同的官司。于是，基于自己丰富的社会科学素养，他决定另辟蹊径，用社会科学研究的证据和医学文献来说话，来唤起法官的良知和民众的注意。

布兰代斯在法庭上出示的辩护书，仅用 2 页的篇幅谈及法律先例，但却用了 100 多页的篇幅援引大

量统计数据和医学报告，说明劳动时间过长对妇女健康所产生的危害。在这些权威证据面前，最高法院一致认为，妇女抚育后代的特殊社会责任需要特别的保护，因为"健康的母亲为强壮的后代所必须，为了种族的强健，妇女身体健康必须成为公众利益和关怀的一部份"，因此，《俄勒冈最低工时法》有效。不过，最高法院的这一判决强调了其对象的特殊性，指出它在"任何方面"都没有削弱洛克纳案的判决。显然，在保护劳工的利益方面还有漫长的路要走。但布兰代斯引用案件所涉及的社会事实和统计数据，而不是法律先例，来说明立法必要性和合理性的作法，却开创了新的法律辩护形式。这种法律辩护形式和文件统称为"布兰代斯诉讼方法"(Brandeis brief)。半个多世纪后，美国反对种族隔离的律师们就是用同样的办法撕开了美国种族隔离的篱笆。

布兰代斯虽然登记为共和党选民，但却支持民主党人总统候选人威尔逊的改革主张，并在 1912 年总

统大选中帮助威尔逊设计“新自由”的竞选纲领，强调“有节制的竞争”，建立公平竞争的法律制度。威尔逊当选总统后原想任命他为联邦司法部长，但遭到民主党内大财团势力的反对，他只好在 1916 年提名布兰代斯为最高法院大法官。经过一番艰苦的斗争，参议院终于以 47 比 22 的多数批准了总统的提名。这样，在最高法院里霍姆斯终于有了志同道合、趣味相同的战友。

1916 年 9 月，也就是布兰代斯被任命后的 3 个月，国会通过了人们期待已久的《童工法》（the Keating-Owen Child Labor Act，也称 Keating-Owen Act），禁止 14 岁以下儿童生产的产品在州际贸易中流通。因为国会没有办法直接禁止各州使用童工，它只能利用管制州际贸易的权力来限制童工产品的流通，间接地限制使用童工。这一法律是童工父母们和社会工作者十多年来奔走呼吁的结果，是进步主义的一大胜利。

但两年后，这一法律在哈默诉戴根哈特案（Hammer v.Dagenhert）中遇到了严峻的考验。

被告戴根哈特（Roland Dagenhert）是北卡罗莱纳州人，他的两个幼子——15 岁的约翰和 13 岁的鲁本——在一家棉花加工厂当童工。那里的工作环境恶劣，棉绒飞舞，织机轰鸣，小孩子每天工作 12 个小时，只能挣 1 美元，体重只有 65 磅的鲁本不得不搬运重达 100 磅的棉花袋子。童工法生效后，工厂的经理告诉戴根哈特他不得不解雇其 2 个儿子。

对戴根哈特来说，儿子的劳动收入比他们的健康更重要。在反对《童工法》的老板联盟的唆使和资助下，他把负责北卡罗莱纳地区童工法执行的联邦地区检察官哈默告上法院，抗议童工法让其儿子失去了工作。来自老板联盟的律师在法庭上声称：一个儿童是否在工厂工作与联邦政府无关，与州际贸易更没关系。跨州流动的商品就是商品，没有必要区分是否由童工生产。

尽管政府方面聘请了哈佛大学法学院院长出庭辩护，联邦地区法院仍裁定《童工法》违宪。哈默不服，上诉到最高法院，遂成为哈默诉戴根哈特案。

代表政府出庭的是美国司法部副部长（Solicitor General）约翰。戴维斯（John W.Davis）a），他利用“布兰戴斯诉讼方法”，通过各种数据，指出童工劳动的恶果，如事故频发、影响孩子发育、损害儿童健康，等等，而且，童工制造的廉价货物与其他货物也构成了不平等竞争。

但这些论据并未能打动保守的法官。最高法院以5比4判定政府败诉，童工法违宪。

在陈述最高法院多数意见时，大法官威廉。戴（William Day，1903-1922年任职）指出：“所有的人都承认，出于孩子们自身利益和公共福利，应当限制在矿山和工厂雇佣儿童的作法”，但是，这项权限属于各州而非国会，童工问题纯属地方的事务而与州际贸易无关。《童工法》是对生产的管理，超越了

联邦对州际贸易的管理权，因此这一法律违反宪法。

但是霍姆斯不同意这种观点。霍姆斯指出："这一法律以禁止州际或对外商务中某种货物的流通为限。国会被赋予了无条件调节这种商务的权力。"他强调：雇佣童工从事艰苦劳动的"弊端是在货物运输之前还是在之后并无多大关系。在国会看来，那种运输助长了这种弊端就已经足够了"。宪法授予国会的"调节权就意味着可以禁止一些东西，当州际贸易成为调节对象时，我毫不怀疑调节可以禁止这一贸易的任何部份，只要国会觉得需要这样做"。

布兰代斯等其他三位大法官和霍姆斯站在一起，但他们仍然是少数。霍姆斯这位伟大的异议者一直坚持他的信念，毫不妥协。他热切地期望着法律能更好地反映一种社会的新趋势，并且能灵活变通地处理新时代的问题。为此，霍姆斯一直奋斗到 1932 年他 91 岁退休时为止。他把实现这一理想的希望寄托在他的挚友布兰代斯和其他更为年轻的法官身上。

三、罗斯福新政：保护劳工权益终获成功霍姆斯退休的时候美国正处于 30 年代大萧条的谷底。大萧条残酷的现实粉碎了自由放任的经济理论，无所作为的共和党政府被民众的选票无情地赶下了台。美国人民选择了民主党人富兰克林。罗斯福（Franklin Delano Roosevelt）作为他们继往开来的领路人，因为他发誓要给苦难中的百姓一个“新政”。

罗斯福出身纽约的名门望族，与老罗斯福总统沾点远亲关系，其祖父通过与中国作贸易（包括鸦片）而发财，置地于哈德逊河畔美丽的海德公园。作为家中的独子，罗斯福从小受到良好教育，哈佛毕业，还经常航行海洋，游历欧洲，眼界开阔，一脑门子出人头地、领导社会的精英思想。因为娶了老罗斯福的亲侄女为妻，他有机会近距离目睹总统的威风和责任，立志成为第二个罗斯福总统。第一次世界大战时他曾任海军助理部长，战后作为民主党的副总统候选人参

加竞选，失败后又遭小儿麻痹症的打击，只能与轮椅为伴。但他身残志坚，不屈不挠，竞选纽约州长一举成功，为他的白宫之路打下坚实的基石。

1933 年 3 月 4 日，罗斯福就任总统。为了拯救美国风雨飘摇的经济，罗斯福开始了以救济、恢复和改革为核心的“新政”。面对危机，民主党控制的国会迅速通过了罗斯福想要的所有改革法案，毫不犹豫。

但改革必然会损害到一些人的既得利益，他们视新政为“苛政”，告到最高法院，寻求保护。同时，失势的共和党也把希望寄托在最高法院。一位美国历史学家颇为生动地写到：它“‘退居司法机构，从那道防线开炮，以求轰垮和消除一切共和主义的堡垒’。这原是一个世纪前杰弗逊在谈到联邦党人时说的话，如今他的白宫继任者（指罗斯福）却很有理由来重复这一满怀恨意的指责”。从 1935 年 5 月到 1936 年 6 月，保守的最高法院动用司法审查权，先后宣布《工业复兴法》和《农业调整法》等重要新政立法违宪无

效，并裁定各州无权规定雇工的最低工资和最高工时。美国经济危机尚未摆脱，救急的新政却岌岌可危。

但罗斯福可不是好惹的，他一生都不轻易低头认输，岂能眼瞅着自己心爱的新政毁于一旦？更何况，他背后有美国广大民众给他撑腰打气。最高法院阻碍他的改革，但民众却不买最高法院的账。1936 年，罗斯福以绝对的多数票再次当选为美国总统。有民众作为后盾，罗斯福决心与高高在上、神圣不可侵犯的最高法院过招。

通常，总统与最高法院斗争的最简单易行的办法是任命自己信任的人出任大法官。一般来说，每个总统都有这样的机会，但罗斯福却成为一个多世纪以来头一位在当满一届总统后仍没有机会任命大法官的总统。在罗斯福看来，这可能是偶然，但也可能是大法官有意跟他过不去，因为 9 位大法官中已有 6 位年逾古稀，但没有任何让贤的意思，看来他们是要和罗斯福的“自由化政策”斗争到底。无奈之中，罗斯福

只好采取“逼宫”的招数了。

1937 年 2 月，借口减轻年迈大法官的工作压力，罗斯福建议国会通过法律，规定只要大法官年逾七旬且任期超过 10 年，总统就可加派一位新的大法官，最多加派 6 人，以此来改组最高法院。总统对大法官的提名权和国会对罗斯福新政的支持，将意味着罗斯福可以把自己信任的 6 人用“掺沙子”的办法送进最高法院。为了证明建议的合法性，他开始动员舆论对他支持，大打民意牌。罗斯福指责说：“最高法院目前的所作所为已不是司法机构，而是制定政策的机构。”民选的国会正在努力使美国人民“免于灾难”，而最高法院“却要人们怀疑国会的这种能力”。他明确告诉美国民众，他的责任就是“把宪法从法院中拯救出来，同时也把法院从他自身中拯救出来”。

一石激起千层浪。罗斯福的建议引起了轩然大波，导致了全国性的大辩论。保守派攻击说，这是一个要“废掉”最高法院的阴谋，是对司法独立传统的背叛，

是美国宪政体制的末日。甚至无需共和党人在国会中打头阵，民主党议员自己就沉不住气，对罗斯福的建议充满忧虑。一位一向支持新政的著名报人道出了自由派人士忧虑的原因：不在罗斯福本人而在制度。“假定（不是完全不可能）有一位反动总统，像罗斯福一样富有魅力、能言善辩而不可抗拒，而他又决定用他很容易称之为紧急立法的法律来删削《权利法案》，那么，我们就得由这位阎王摆布了”。

因此，罗斯福的改革建议意味着一次严重宪法危机的出现。一方面，司法部门似乎已经开始行使立法职能，并且对政府有关商务与经济法规的明智性指手划脚；另一方面，行政部门请求立法部门制衡法院司法审查权的行使，这一制衡方法并不为宪法所禁止，即通过总统任命、参议院确认增加法官人数的方式来“填塞”最高法院。如果最高法院继续坚持其作法，将意味着权力平衡的天平继续向非民选的联邦司法部门倾斜，而天平的另一头是民选的两个联邦政府部

门。但是，如果罗斯福增加最高法院法官人数的计划取胜，那么天平将远远地偏离联邦法院——这一人民权利的最终捍卫者——这一头。

罗斯福的建议和国会的有关讨论给最高法院造成了巨大的压力，但最终挫败罗斯福改组建议的是最高法院自己的战略后退。正是在这个时候，最高法院开始审理西岸旅馆诉帕里什案（West Coast Hotel Company v.Parrish）。

帕里什是华盛顿州西岸旅馆的普通清洁女工，1935 年 5 月被旅馆解雇。既然工作已经丢了，帕里什也就不再逆来顺受、唯唯诺诺，她鼓足勇气找到老板，称华盛顿州有关法律规定女工的最低工资是每小时 35 美分，最低周薪是 14 美元 50 美分，而她在旅馆工资算下来每小时只有 25 美分，周薪不到 10 美元，因此，旅馆共欠她工资 216 美元 19 美分。老板没有想到，这个平常工作不声不响、对报酬没有异议的小女子临走时居然来这一手。对一毛不拔的老板来

说，要他“放血”比登天还难。于是，老板对要求补钱的请求一口回绝，而且放出话来，帕里什告到哪里他都不怕。帕里什敢向老板要钱，自然也就不怕打官司。何况，216 美元对一个 30 年代失业者来说决不是一个小数字，它可以维持一家三口数月的基本开销。在律师的帮助下，帕里什和她的丈夫把旅馆告上法院。

在 1935 年 10 月 17 日州地方法院的审判中，旅馆的辩护律师声称，帕里什起诉的根据——华盛顿州的《最低工资法》违反宪法，因此没有约束力。法庭在没有陪审团的情况下判决帕里什败诉。帕里什不服，把此案上诉到华盛顿州最高法院，这一次她赢得了胜利。现在是旅馆方面不服了，1936 年 12 月，它将此案上诉到美国最高法院。原告知道，最高法院在 1923 年著名的阿得金斯诉儿童医院一案中废除了美国首都哥伦比亚特区一项有关妇女的最低工资法，而且，当时投票支持这一决定的 5 名法官中还有 4 人依然稳坐在大法官的位置上。就在案子的上诉期间，

1936 年 6 月最高法院又以 5 比 4 的票数，在莫尔黑德诉纽约州案中裁定纽约州的一项女工和童工的最低工资法违宪。因此，原告觉得胜券在握，志在必得。

这时，包括布兰代斯和首席大法官休斯(Charles Evans Hughes）在内的 4 名倾向于支持最低工资法的大法官把希望寄托在大法官欧文。罗伯茨（Owen Roberts）的身上。虽然半年前罗伯茨跟保守派一起投票反对纽约州的最低工资法和其他新政立法，但此时此刻他的态度变得模棱两可，因为莫尔黑德案的判决很不得人心，全国对此案发表评论的 344 家报纸中只有 10 家赞成这一判决，就连 1936 年共和党总统大选的竞选纲领中都反对这一判决。为此，罗伯茨感到莫大的压力，似乎全国的眼睛都盯着自己。虽然这仅仅涉及到一个州的最低工资法，但人人都知道，它的背后却是政府是否有权干预劳资关系、保护一直处于弱势的劳工权利这样的根本性问题。一旦华盛顿州最低工资法被否决，保守派的气焰必将更为嚣张，

罗斯福的其他新政立法将会遭到新的挑战。面对新政可能会岌岌可危的局面，罗斯福必然会加强要国会改革最高法院的努力，最高法院最终能否保持其独立地位也会成为疑问，美国政治的三权分立与制衡的格局可能会因此受到破坏。这一可怕的前景令罗伯茨不寒而栗。在作出判决的前夜，他在自己的公寓中来回踱步，夜不能寐，直至天明。最终，罗伯茨站到了自由派一边。

1937 年 3 月 29 日，最高法院以 5 比 4 的表决结果支持华盛顿州的最低工资法，推翻了它在阿得金斯案中的判决。

休斯代表法院宣读了多数意见，他们终于接受了霍姆斯早在 1905 年就提出的观点：契约自由并非没有限制。“什么是自由？”休斯问道，然后指出：“宪法没有提到契约自由。它谈到自由，而且谈到未经正当法律程序禁止剥夺自由。在谈到这一禁止时，宪法并没有承认绝对和不能控制的自由。自由在其发展阶

段中有自己的历史和联系，但是，受到保护的自由是一种社会组织中的自由，它要求法律保护来反对邪恶，后者威胁到民众的健康、安全、道德和福祉，因此，宪法之下的自由必定受到正当程序的制约。为保护公众利益所采取的管理、而且与其管理对象之间的关系是合理的话，这一管理就是正当程序。”

帕里什赢得了她每周 14.5 美元的法定最低工资，更重要的是，她争取到自己合法权益所带来的间接后果——最高法院不得不承认了政府有权保护劳工权益这一基本原则。帕里什案的这一判决帮助了那些强调维护最高法院独立的参议员，因为，这说明改组最高法院看来并没有像罗斯福所说的那样迫在眉睫。从这个意义上说，罗伯茨的立场转变恰恰维护了最高法院的独立地位。因此有人说“及时转变，拯救九人”。这样，罗斯福 2 月份提出的改组最高法院的法案被搁置一边——参议员们对宪法守护神的敬畏超过了对罗斯福的崇拜。后来的一位大法官颇为传神地总结了

这次宪政冲突："冲突的每一方都以自封的胜利者安慰自己：总统的政敌挫败了改组法院的法案，但总统却取得了法院改组的胜利。"

接着，在4月份全国劳工关系局诉琼斯和劳林钢铁厂一案中，罗伯茨再次和自由派法官站在了一起，最高法院以另一个5比4裁定《全国劳工关系法》合乎宪法。这一法律是新政立法中最激进的一项，有美国劳工运动的"大宪章"（the Magna Carta）之称，它赋予了在与州际贸易有关的工商业中工作的雇员组织工会的权利，并禁止雇主因为雇员参加工会活动而解雇他们。最高法院宣布，联邦政府不仅可以管理州际贸易，而且也可以管理那些影响州际贸易的活动，诸如工人组织工会的活动。它进一步指出，组织和选择自己的代表与雇主进行"集体谈判（collective bargaining）是雇员的一项基本权利"，"阻止这一权利自由行使的歧视和强制……都是有关立法机关谴责的合适对象"。这一裁决实际上是承认立法部门的优

势地位（supremacy），彻底结束了洛克纳时代。这也是美国劳工在最高法院的法庭上获得的最有影响的一次胜利，为建立可以与资方对抗的强大工会奠定了结实的法律基础。

至此，布兰代斯不再是孤独的异议者，开始成为自由派多数的领袖。看到自己为之奋斗的理想逐一实现，他倍感欣慰，在功成名就后于1939年急流勇退。

在1941年的美国诉达比一案中，最高法院以9比0的票数判定，有关最低工资和最高工时的《公平劳动标准法》符合宪法。判决书中引用了霍姆斯当年在戴根哈特案中的异议，并明确地宣布戴根哈特案的判决偏离了宪法原则，“它应该现在就被推翻”！

伟大的异议终于成为宪法解释的主流。但这只能告慰霍姆斯的在天之灵，他已经在6年前与世长辞。

第十三章

当爱国主义碰上宗教和言论自由

——有关国旗致敬和《效忠誓词》的三个案子

在美国，不论过去还是现在，公立的中小学都非常重视爱国主义教育。这种教育形式多样、内容丰富，既有美国历史和政府这类正规的课程学习，也有唱爱国歌曲、向国旗致敬这样潜移默化的形式。通过这种爱国主义教育，培养了学生对国家的忠诚。如果考虑到美国是世界五大洲、四大洋的移民组成的国家，这个教育就显得尤为重要。一批又一批的移民子女，就这样开始了成为美国人的“美国化”进程。从某种意义上说，是爱国主义的动机推动美国在世界各国之中最早建立了免费的公共义务教育。从 19 世纪中期开

始，面对来自欧洲各地人数越来越多、族裔日趋复杂、语言宗教各异的移民狂潮，美国逐步建立起了免费的公立学校系统，积极帮助移民子弟更快地成为美国人。显然，爱国主义成为美国公共教育不可分割的组成部份。

但是，就在第二次世界大战期间的 1940 年，一个普通的美国家庭却公开挑战爱国主义教育的一个重要形式——向国旗致敬的合法性。

一、违背州法校规 学童休学回家故事发生在 1936 年，像所有美国公立中小学一样，宾夕法尼亚（Pennsylvania）州东部矿区的麦诺斯维尔（Minersville）小学要求学生每天都向国旗致敬，并宣读《效忠誓词》（the pledge of allegiance）：“我宣誓效忠美利坚合众国国旗及其所象征的共和国，国家一体，自由公正与我们同在。”（I pledge allegiance to the flag of the United States of

America， and to the republic for which it stands，one nation indivisible，with liberty and justice for all.这一誓词最早是在 1892 年由一位浸礼会牧师佛朗西斯。贝拉米[Francis Bellamy]撰写的，此人是个信奉社会主义理想的基督教社会主义者[Christian socialist]，其堂兄弟是美国著名空想社会主义者、《回顾》[Looking Backward]一书的作者爱德华。贝拉米[Edward Bellamy].牧师撰写的原稿中还有“平等”一词，但因为美国妇女和黑人并无平等权利，被删去。另外，“美国国旗”[the flag of the United States of America]一语是 1924 年加上的，原来的文字是“吾旗”[my flag].冷战最紧张的时期，根据艾森豪威尔总统的建议，美国国会在 1954 年又通过法案，在国家前面加了“上帝”一词——one nation under God[上帝保佑国家].就是这一增加，引发了 2002 年 6 月美国广为争议的“誓词”案。）这是美国学校加强学生爱国主义情感的重要内容。但

没有想到，有一天 10 岁的威廉（William）和 12 岁的莉莲（Lilian）突然决定不再向国旗致敬。原来，威廉和莉莲的父母是“耶和华见证会”（the Jehovah's witnesses）的信徒。这个耶和华见证会是 19 世纪 70 年代才创立的小教派，宾夕法尼亚州是它的发祥地。它原来叫守望会，1931 年才改称耶和华见证会。耶和华见证会的教义中有些东西很特殊。根据《圣经旧约出埃及记》的内容，他们相信耶和华是真神，反对主流基督教的圣父、圣子和圣灵三位一体的教义。他们讨厌偶像崇拜，拒绝向上帝以外的任何偶像致敬。受父母和教会牧师的影响，威廉和莉莲小小年纪就知道向国旗致敬违反他们的教义。老师再三向他们灌输爱国重要性的思想，进行细致的说服工作，但仍无济于事。而校方又不愿意因为两个小孩子坏了学校的规矩，况且，向国旗致敬还是当时宾夕法尼亚的一项州法，学校必须执行。校方只好要他们退学。

威廉和莉莲的父亲戈比蒂斯（Gobitis）赶紧找到学校，表示向国旗敬礼的确是爱国情操和公民良好素质的表现，但是，这与他们的宗教信仰相背。他们很爱美国，但也崇敬上帝，并认为爱国公民也一定是崇敬上帝的人。他们并不要求学校取消向国旗致敬，而是希望不要强迫他们的孩子去从事违背他们宗教信仰的行为。学校则认为，向国旗致敬既是州法也是校规，不能通融。况且，这种爱国主义教育对小孩子有益无害，不应该有例外。既然戈比蒂斯不愿意让孩子服从，那结果只能是除名。

两个孩子不能上公立学校了，戈比蒂斯又没有钱送他们去私立学校。正在他一筹莫展之际，教会中的教友告诉他，可以求助于美国公众自由联盟（the American civil liberties union），请他们来帮助争取孩子的宗教信仰和受教育的权利。

二、下级法院主持公道 最高法院强调爱国在美

国公众自由联盟的帮助下，戈比蒂斯向宾夕法尼亚州的联邦地方法院控告麦诺斯维尔学校侵犯他家的宗教自由。法院判他胜诉，指出“向国旗致敬不能作为学童到该校上学权利的一个条件”。学校不服，上诉到联邦第三巡回上诉法院，结果仍然维持原判。学校还是不服，1940 年向联邦最高法院上诉，此时麦诺斯维尔学校成为了原告，而戈比蒂斯成了被告。

在此之前，也有三个拒绝向国旗敬礼的案子上述到最高法院，但均以属于州管辖范围而被打回头。但以前的案子都是校方胜诉，而本案却是校方败诉。更重要的是，此时第二次世界大战已在欧亚大陆如火如荼地展开，美国也面临着卷入战争的威胁，故国内的爱国主义热情有所抬头。在这一背景下，最高法院破例受理了这一案件。

为了保证案子胜诉，美国公众自由联盟不仅为戈比蒂斯聘请了哈佛大学大牌法学教授作为他的辩护律师，而且还动员国内一大批法学权威签名声援。此

外，美国法律协会《权利法案》委员会（the committee on the bill of rights of the American bar association）也以法庭之友的身份为戈比蒂斯一家作了辩护。尽管如此，1940 年 6 月 3 日，最高法院还是以 8 比 1 的悬殊票数判戈比蒂斯败诉。但雨果。布莱克（Hugo Black，1937 - 1971 年任职）等三位开明派法官的同意着实很勉强，因此首席大法官休斯（Charles Evans Hughes）选定大法官费莱克斯。法兰克福特（Flex Frankfurter）来起草并宣读多数意见。由法兰克福特来作这个吃力不讨好的差事实在是莫大的嘲讽，因为他本人恰恰是美国公众自由联盟的创建者之一——那时（1920 年）他还是哈佛大学法学教授。但休斯委托他来起草意见书又在情理之中，并非偶然，因为他本人是出生在奥地利的犹太移民，后来才归化为美国公民，由他来执笔，旨在以身说法，加强这一判决的爱国主义色彩。

　　法兰克福特开篇强调，法院的一个重要责任是必

须在“自由和权威的冲突中寻求协调。但是，当所涉及的自由是宗教的自由，而权威又是保卫国家民众的权威时，司法的良心（judicial conscience）就面临着最严峻的考验”。而在他看来，在这一考验中，当个人的宗教信仰与政治社会的利益相抵触时，则当事人便不能推卸其政治责任。而向国旗致敬就是这样一种不能推卸的政治责任。为此，他特别论述了国旗作为国家象征的重要性：“一个自由社会的最终基础是共同情感的凝结”，这种情感是靠美国所有人民竭诚团结共同努力培养出来的，并成为世代相传的传统。“我们靠象征生活。国旗是我们国家统一的象征，它在宪法的框架内超越了我们内部的各种分歧，无论这种分歧有多么巨大”。因此，“国旗是民族力量的象征，是自由最具有意义的标志”。既然民族的团结是国家安全的基础，国旗又是国家的象征，学校可以要求学生向国旗致敬并作为强制性活动，如果以宗教的理由抵制这一活动，就会损害学校这一爱国主义的效果。

因此，他希望，在“政府教育当局和学生家长的权威处于对立状态”时，家长应从大局出发，“在无损于自己权利的范围内，劝说自己的孩子理解州教育部门倡导效忠的正确性和明智性，这才是宗教宽容最生动的一面。”

唯一表示不同意见的是哈兰。斯通（Harlan Stone）大法官，正像他的姓（意为石头）所暗示的那样，他的立场冷静而又坚定，丝毫不受过份的爱国主义的影响。在法庭上，他特别向戈比蒂斯一家人表示了敬意，宣读了自己的不同意见：“本案所表示的已经不仅仅压制言论自由，压制宗教信仰自由，这一作法理应为宪法第 1 条修正案所禁止，也违反第 14 条修正案。它所显示的是州用法律强迫学生表达一种他们不愿表达的情感，这种强制已违反了他们的宗教信仰。”在他看来，向学生灌输爱国情怀有很多其他更好的办法，大可不必强迫孩子们承认他们所不相信的东西，“诱导他们自动表示忠诚是一回事，强制他

们这样做又是另一回事”。他进一步阐述说，宪法“对公众自由的保证，实际上就是对人们心智和心灵(the human mind and human spirit) 自由的保证，对合理地表达这种心智心灵的自由及机会的保证”。

最高法院基于政治和国际形势而非宪法基础作出的这项判决引起舆论大哗，全国各家报纸中批评这一决定的远远多于支持的。美国中西部最有影响的一份报纸《圣路易斯邮报》(the St. Louis post-dispatch) 的评论很有代表性：“最高法院的这一判决是违反美国原则的，我们认为最高法院已经向普遍的歇斯底里投降。如果爱国情操依赖这样的做法——违反人民最基本的宗教自由——来培养的话，那么，爱国情操就不再是高尚的，而是一种通过法律来灌入我们喉咙的东西”。

三、判决影响恶劣 受害者法院讨公道这一明显违反美国传统自由权利的判决产生了恶劣的影响，远

远超出了最高法院大法官们的预料。在爱国主义的旗帜下，耶和华见证会的信徒遭到无端的攻击，许多孩子被迫失学。一些历史学家甚至认为，这一案件为社会上的迫害和歧视活动开了绿灯。据美国公众自由联盟 1941 年的统计，全美共发生了 236 起攻击耶和华见证会信徒的事件，共有 1000 人次受到伤害。它甚至宣称“自摩门教徒（Mormons）受打击以来，还没有哪一个宗教组织受到过如此的迫害”。

社会现实令人痛心，而学术界有根有据的批评更令大法官们难堪。他们当中的一些人不得不重新思考自己的立场。在 1942 年另一项涉及耶和华见证会的案子中，布莱克、道格拉斯（William Douglas，1939-1975 年任职）和墨菲（Frank Murphy，1940-1949 年任职）等三位大法官明确表示了不同意见：“因为我们在戈比蒂斯案中支持原告，我们认为现在是恰当的时机表明，我们现在相信那是个错误的决定。”道格拉斯后来在回忆录中曾经表示，他在

戈比蒂斯案中太“天真”了，和其他法官一样，他为法兰克福特的智慧所慑服：“在那时，他是我们心目中的英雄。他的确对宪法有很深的造诣 ,我们佩服他，不加思索。”

另外，这时最高法院的构成也有了新的变化。保守派法官詹姆斯。麦克雷诺斯(James McReynolds，1914-1941 年任职）退休，其位置最后由威利。拉特利奇斯（Wiley Rutledges，1943-1949 年任职）填补。后者是位法学教授，以倡导保护公众自由而著名。斯通则提升为首席大法官，代替退休的休斯。斯通的遗缺由罗斯福政府的司法部长罗伯特。杰克逊（Robert Jackson，1941 - 1954 年任职）代替。

这时正好有一个类似的案子上诉到最高法院。当时，在戈比蒂斯案案判决的鼓励下，西弗吉尼亚（West Virginia）州议会通过法律，要求学校通过有关课程和课外活动加强孩子们的爱国主义教育，据此，教育局要求所有公立学校的学生和教师定期背诵

效忠国家的誓词和向国旗致敬。学生如果拒不服从，将受到开除的处分，学校当局甚至威胁要把他们送到少年犯教养所。面对学校当局的专横行为，家长们不服。其中一个叫沃尔特。巴内特（Walter Barnette）的人将案子告到当地的联邦地方法院，因为他的两个女儿都被学校除名了。由 3 位法官组成的法官判定拒绝向国旗致敬的行为合法，原告胜诉，公开挑战西弗吉尼亚州国旗致敬法和戈比蒂斯案。法官们这样判的一个重要原因是，他们注意到由于最高法院法官立场和构成的变化，至少会有 4 个大法官反对原来的判决，这就为推翻这个恶劣的先例提供了可能。当地教育部门当然不服，遂上诉最高法院。这正是最高法院求之不得的，于是立即受理。该案正式名称是西弗吉尼亚教育局诉巴内特（West Virginia state board of education v.Barnette），通称国旗致敬第二案。

四、言论自由含义泛化 法院判决影响深远虽然

该案的法庭辩论在1943年3月11日就结束了，但最高法院却有意选择6月14日——美国国旗日——这一天作出判决。它以6比3的票数维持地方法院的原判，这一判决的结果与三年前正好相反。这是美国最高法院历史上立场改变得最快也是最彻底的一次。法兰克福特仍然固执已见，发表了长达24页的异议。他在这两个国旗案上的立场，使他完全疏远了自己在美国公众自由同盟中的那些老朋友。

新任大法官杰克逊起草并宣布的多数意见成为美国宪政史的华彩篇章。与戈比蒂斯案围绕着宗教自由原则展开不同，法院这次换了一个角度，从言论自由原则来展开论述。这样做，既重申了言论自由这一最重要的公众权利，又可以避开这些耶和华见证会信徒是否真诚的难题。

杰克逊称，向国旗致敬“是一种言说（utterance）的形式。象征表达（symbolism）是原始的但却是有效的传递思想的方式。使用国徽和国旗来象征某种制

度、观念、机构或个人是心灵沟通的捷径”。由此看来，法院实难认可一种强制性的言论表达形式。“如果维持强制性向国旗致敬的话，我们就必须说明《权利法案》——它保证个人说他想说的话的权利——允许公共权力来强迫个人说他并不想说的话”，而这显然是违反言论自由原则。

同时，杰克逊还巧妙地提出了一个新观点，即一向被认为只是约束联邦政府的第 1 修正案同样也可以约束州和地方政府。在戈比蒂斯案中，最高法院表示它无权“成为全国的教育局”，即公立学校的国旗致敬问题只是各州教育局的专属管辖，法院不能干预；但现在，它却明确表示“现在第 14 条修正案已适用于各州，保护公民反对各州政府和它的所有机构，教育局也不能例外”。

这一判决的重要性在于它再次突出了公众权利的神圣性。杰克逊强调：“《权利法案》的根本目的，是使一些基本权利远离政治纷争所引起的难以预料

的变化，把它们置于多数人和官员无法触及的地方，并把它们确立为由法院来处理的法律原则。个人对生命、自由、财产的权利，言论自由、信仰自由和结社自由的权利，以及其他基本权利，是不可以诉诸于投票的，它们不取决于任何选举的结果。”政府当然可以采取劝说和树立榜样的办法来促进国家团结，但现在的问题是政府想用强制的办法来到达这一目的，而这将产生非常危险的后果：“那些强制办法消除异议（coercive elimination of dissent）的人不久就会发现，他们实际上正在消灭异己（exterminating dissenters）。舆论的强行一律只会导致墓地才有的寂静。”

最后，杰克逊充满诗意地指出：“如果在我们宪法的星空下有一颗不变的星辰，那就是，无论是在政治、民族主义、宗教，还是在其他舆论的问题上，没有任何官员，不管其职位高低，都无权决定什么是正确的，也无权用言语或行动来强迫公民表达他们的信

念（faith）。如果有什么情况允许这一例外，那么，我们现在决不允许它们发生！”

杰克逊铿锵有力的阐述成为最高法院对个人权利经典性的表述。此后，他的这一声音一直回响在最高法院 100 多个有关个人权利案件中，构成了美国当今言论多元化甚至是极端化的法律基石。难能可贵的是，这一判决是在战时——政府通常为了国家安全的需要暂时压制异议——作出的，这表明，最高法院在美国爱国主义高涨的时期也能保持它的独立性，勇于改正自己的失误。

布莱克也利用这一机会来“将功赎罪”，在附议（道格拉斯加入）中他解释自己改变的立场原因：因为向国旗致敬的强制做法“没法与第 1 和第 4 条修正案所保证的（学生）宗教自由权利全面合拍”。他还进一步阐述了自己对宗教自由条款的理解：“强制表达出来的言辞除了自欺欺人外，并不能证明忠诚。对国家的热爱必须发自自主的心灵和自由的心智

（willing hearts and free mind）。”

此后，美国各级政府几乎很难再通过任何一项可能会损害宪法第 1 修正案的法律法规。1980 年的焚烧国旗案以及有关国旗保护法的结果就是明证。

五、效忠誓词再惹非议 全美上下拭目以待国旗致敬第二案和 80 年代焚烧国旗案后，在宪法第 1 修正案下的有关国旗问题的法律争执可以说是尘埃落定，成为铁案。

但美国就是这样一个怪社会，焚烧国旗合法，但效忠国旗的誓词却有违法之嫌。就在本文已经完稿时，2002 年 6 月底，加利福尼亚（California）州就冒出一个这样的案子。这次又是与国旗有关的案子，而且还是《效忠誓词》惹的祸。

尽管耶和华见证会的信徒可以不再向国旗表衷心，但一般的小孩子在学校还是要诵读誓词的。早在 1942 年，美国国会就通过立法把誓词的内容以法律

的形式固定下来。1954 年，为了与“无神论”的共产主义进行冷战，根据艾森豪威尔（Eisenhower）总统的建议，国会通过新的法律，在原来誓词中的国家前面加了“上帝”一词，变成“上帝保佑国家”（one nation under God）。多少年过去了，一代又一代的美国学童就是在诵读这一誓词中长大的。尽管 1962 年最高法院在格尔诉瓦伊塔尔案（Engel v.Vitale）中裁定学校组织的祷告违法，但一直没有人对学校组织的《效忠誓词》提出异议。实际上，如果死抠起来，让学童背诵带有“上帝”的字眼儿的誓词也是成问题的。

林子大了，什么鸟都有。加利福尼亚州就有一位无神论者挑战背诵《效忠誓词》的合法性。此公名叫米切尔。纽道（Michael Newdow），也算是位奇人，先后获得过美国人最喜欢的医学和法律专业学位，拥有急救医生和律师的双重身份，随后又创建了“真正科学第一修正案教会”（the first amendment

church of true science，简写 FACTS，意为事实。美国的华文媒体把它称为“宇宙生命教会”，不知有何根据。根据其缩写，和它对科学及美国宪法第 1 修正案的信奉，似乎可以称为“事实真相”教会。在美国，创办教会就和创办公司一样方便，只要不违法，任何人都可以注册成立教会)，该教会相信理智和科学的力量、个人的基本自由权利。纽道对读二年级的女儿天天要背诵《效忠誓词》十分不满，为此，他根据自己对美国宪政史的了解，决定以法律的形式来挑战这个多少年来千百万人都习以为常、却带有明显宗教色彩的誓词。他漫长的挑战开始于 1997 年，当时他还没有考过律师执照，2002 年 2 月他才通过考试，离他从法学院毕业已经 14 年了。

有律师资格，纽道干脆自己给自己辩护。这个案件称纽道诉美国国会（Newdow v.U.S.congress），但实际被告名单是长长一串，从国会到克林顿（Clinton）总统，从加利福尼亚州政府到学区教育

局。2001年3月14日,该案在旧金山(San Francisco)第9巡回上诉法院庭辩,纽道自我辩护,舌战分别代表联邦政府、地方政府和学区的律师团。

纽道称,根据加利福尼亚州教育条例(California education code),加利福尼亚州的学校每天都要进行一定形式的爱国主义活动,据此,他女儿所在的学区规定每天早晨学生都要背诵《效忠誓词》。虽然学校和教师没有强迫她一定参加诵读,但在这种气氛下,他女儿因为“被迫看到和听到”老师和同学们诵读的“上帝之下”而受到伤害。因此,根据第1修正案政教分离条款,他控告1954年法律、加利福尼亚州教育条例和学校规定违法,希望法院主持公道,要求总统和国会采取行动,去掉誓词中“上帝”一词,让他的女儿能够在无神论宽松的环境下自由成长。政府方面的律师则强调“在上帝下”的宗教含义微不足道,况且,学校也没有强迫每个孩子都必须诵读誓词。

由于宗教在美国的影响实在太大,与公共生活和

政府行为掺和在一起的事也相当普遍，政府律师说的也是实情，没有人认为这个“上帝”二字一定就有多强的宗教意味。例如，“我们信赖上帝”一语不仅铭铸在美国政府发行的硬币上，而且也赫然悬刻与国会大厦的墙壁上。联邦国会开会的开场白是牧师的祷告，最高法院也要先诵读“上帝拯救合众国和这个可尊敬的法院”后才可以开庭，联邦军队中也设有随军牧师，即使你去法庭作证，也大都要向总统宣誓就职一样，手按《圣经》发誓你所说的一切句句属实，否则你是必输无疑。

但第 9 巡回上诉法院的一些法官一向我行我素，常有惊人之举，是所有上诉法院中最“自由化”的一个。本案的裁定再次体现了该法院法官“语不惊人死不休”的一贯风格，着实让沉浸在“9.11 事件”所引发的爱国主义激情中的美国人大吃一惊。

6 月 26 日，该法院宣布了有利于原告的判决。由阿尔弗莱德。古德温（Alfred Goodwin）起草的

判决意见书称："目前这个誓词是政府对宗教认可，这是不允许的。因为它给非信仰者一个信息："你们是外来户，不是这个政治共同体的完整成员。'给信仰者的连带的信息则是："你们是自己人(insiders)，是这个政治共同体所喜欢的成员。'"

古德温援引1962年学校祷告案作为支持的例证，强调说，下级法院以"誓词中所提上帝只是一种形式而已，并不表示就认同特定的宗教信仰"为由判决原告败诉的决定，与最高法院的决定不符："诵读我们的国家是'上帝保佑下'的国家，决不只是对许多美国人信奉神的一种承认。它也不是对宗教在创建（美国）共和国过程中不可磨灭的历史作用的简单描述。应该说，'上帝保佑国家'一语在誓词的框架中是一种规范。""诵读誓词不是在描述美国，实际上它是在宣誓效忠国旗所代表的价值：团结、统一、自由和公正，1954年后，还有神教（monotheism）。""尽管不能强迫学生参加誓词的诵读，但是学区在要求公立

学校教师诵读和领读目前的誓词时，它无疑是在传递一个州认可这一宗教信仰的信息。”他再次引用了杰克逊有关“宪法的星空上有一颗不变的星辰”的名言。

古德温还指出，尽管政府律师所称誓词所包含的宗教内容微不足道，但对无神论和非基督徒来说，这是“强迫一神教的正统教义的企图，因此是不允许的”。

古德温法官一针见血地指出，从其产生背景和立法的历史来看，“‘上帝保佑’（under God）有明显的强制性效果（coercive effect）”，因为美国政府也承认当年加上“上帝保佑”一语是为了反对共产主义的斗争需要。艾森豪威尔总统总统签署这一法案时特别说：“从今天起，在每一个城镇、每一个乡村学校的教室里，数百万我们的学童将会天天诵读我们的民族和人民对万能上帝（the Almighty）的珍爱。”因此，古德温的结论是加上“上帝保佑”内容的 1954 年法律和让老师带领学生诵读的誓词的加利福尼亚学区规定“违反宗教分离条款”。

费尔南德斯（Ferdinand Fernandez）法官虽然同意古德温法官的基本看法(判决书的第1—3部份)，但不同意最后的结论（第4部份)。他在异议中表示："一句话，我不能接受从效忠誓词中取消'上帝保佑'，因为显而易见，它要美国建立宗教或干预宗教自由的倾向是微不足道的。"

第9巡回上诉法院的这一裁决立马引起轩然大波。消息传到参议院，议员中止了原来的讨论，数分钟内便以99票对零票通过谴责判决并支持《效忠誓词》。当天晚上更有数百多名众议员(多为共和党人)齐集国会山，大张旗鼓背诵誓词，以示抗议。参议院多数派领袖达施勒说："法院必须推翻判决，不然就由我们来做。"众议院发言人认为："法院显然错了，我们当然是上帝庇佑下的国家。《效忠誓词》是将各种信仰的人聚在一起共享美国精神的爱国敬礼。"有人认为《独立宣言》中也出现过"上帝"的表述，一位参议员便夸张地说："我怀疑法官是否连《独立宣

言》都视为违宪。”（实际上，独立宣言的起草者杰弗逊倡导“政教分离”原则，他在宣言中使用了“造物主”[creator]、“自然和自然神明的法则”[the laws of nature and of nature's God]等笼统提法，并未直接提及“上帝”[God].）另一参议员则说“国父们在坟墓里也要气得头晕脑胀。这是最糟糕的政治正确举动”。

但无神论组织支持裁决。美国无神论者中心发言人札梅茨基表示：“言论自由不应包括将政府变成向受控制者宣传的工具，特别是学生。”

虽然纽道为此收到恐吓电话，但他发誓抗争到底，并计划对美元上的“我们信赖上帝”提出诉讼。他对美国广播公司（ABC）说：“这是美国政府把其宗教观点强加给所有美国公民，但我正好是不赞同多数派观点的公民之一。”

正当无神论者开心、有神论者痛心的时候，第二天美国最高法院的一纸判决又产生了截然相反的结

果。就是纽道案裁决的第二天，联邦最高法院以 5 比 4 裁定，俄亥俄克里夫兰市的作法——孩子不上公立学校的家庭可以用政府退还的“代金补贴券”（voucher）送孩子去私立学校甚至私立教会学校并不违反宪法中的政教分离原则。显然，最高法院连这种变相地用公共基金支持教会、明显违反政教分离条款的作法都会首肯，还能指望它造成第 9 巡回上诉法院的判决？（美国公立学校特别是大城市中公立学校普遍存在着教育设施不足、师资缺乏、教育质量下降等严重问题，如何改善这些学校的状况成为美国社会上下关注的一个政治和社会问题。其中的一个解决办法是引入竞争机制，让私立学校与公立学校竞争。因为纳税人缴纳的税款中有相当一部份是用在公立学校上的，而那些送孩子上私立学校的家长就感到吃亏，因为他们交了税，孩子却上需要交费的私立学校。因此，他们要求政府按政府花费在每个学生人头上的费用，以“代金补贴券”（voucher）的形式退还他们，

用于抵充一部份私立学校的学费。需要注意的是，这里的学校并不是中国人所理解的那些为有钱人和专业人士子弟开办的精英学校，大多数是专为家庭收入不高的孩子开办的平民学校，基本上是由教会特别是天主教会创办的。这样一来，等于是政府变相资助了教会学校。）

坦率地讲，纽道的叫真触痛了美国社会中的一个敏感的神经，就是如何界定政教分离的明确边界。尽管美国民主之父杰弗逊声称美国宪法在“政教之间立起了一道分离之墙（a wall of separation between church and state）”，但这个墙并非密不透风。在美国，最早和最积极拓殖北美大陆的就是一批来自英国的清教徒，由此形成的宗教传统实在是太久太浓了，要实行完全彻底的政教分离几乎是不可能的，也是不现实的。因此，一般美国人对《国旗誓词》中的“上帝保佑”和硬币上的“我们信赖上帝”大都作宽泛的理解，解释为可以涵盖所有宗教信仰的“神”，如王

缉思教授在本书序言中所云。可是，这一理解仍然无法涵盖像纽道这样的无神论者。

不过，与校园祷告直接感恩神不同，《效忠誓词》主要是对美国国家的效忠——虽然其中有“上帝保佑”一语，这就是为什么很多自由派人士可以接受禁止校园祷告的判决，却坚决反对誓词案的判决。因此，尽管联邦第9上诉法院作出了有利于纽道的判决，但由于社会舆论的强烈反对，并没有立即执行，认为还需要法官的重新研讨。与此同时，纽道的前妻也站出来指责纽道，声称纽道并不是一个负责任的父亲，也没有对女儿的抚养权，而且他还在撒谎，他们的女儿并没有因为诵读誓词而受伤害。

这一案件很可能成为昙花一现的小闹剧，但却可以让外人管窥美国法治文化的问题和无奈。

第十四章

战时的公众自由和种族

——第二次世界大战期间日裔美国人被拘留案

1942 年 2 月 19 日，在日本人偷袭美国夏威夷珍珠港后的两个半月后，罗斯福总统下达了第 9066 号行政命令，授权美国陆军部部长确定国内某些地区为“战区”，并可以对生活在战区的人加以任何必要的限制，甚至可以把他们排斥在战区之外。

根据这一命令以及一个月后国会通过的一项法律，美国西海岸军区司令德威特将军（Gen.J.L.DeWitt）借口日本人入侵和颠覆的威胁，发出一系列命令，先是对西海岸各州所有祖先为日本人的居民实现宵禁，继之把他们从这一地区驱逐，要求他们到政府指定的一些集合地集中，转迁到远离西

海岸的禁闭中心（detention centers）。一共有 11 万以上的男女老少——包括 7 万美国公民——被遣送到这些禁闭中心。没有任何一级法院对其中的任何一个人做出过是否忠诚美国、是否有罪的判定。这些禁闭中心四周是铁丝网，并有武装警卫把守，未经官方批准，里面的居民不得离开。

现在，几乎所有的人都认为对公众自由和公民权利这些前所未有的侵害并不像政府官员所说的那样是出于军事的需要。而且，即使在当时，重要的军事和民政领导人对这一事实也并非不清楚。

好几个受到这些措施伤害的美籍日本人选择了上法庭来质疑这些措施的合法性，并且把官司最终打到了联邦最高法院。其中最有名、可能也是最重要的一个案件是“是松诉美国”（Korematsu v. United States）。这一案件最好跟其他几个战时上诉到最高法院的美籍日本人案子一并讨论。

一、拒绝重新安置 法院判定有罪 1942 年，因为违反德威特将军的宵禁令，一个叫戈登。平林（Gordon Hirabayashi）的日裔美国人被定罪。他把案子上诉到最高法院，并申诉说，国会对军事指挥官的授权是违宪的，而且把日裔美国人与其他族裔美国人区别对待同样违反了宪法第 5 条修正案的正当程序条款（通常，第 14 条修正案的平等保护条款是质疑政府种族歧视作法的根据，但是，就其内容而言这一条款只约束各州，而不能约束联邦政府。平林所强调的是，第 5 项修正案的正当程序包括了约束联邦政府的反歧视原则）。

1943 年 6 月，最高法院对平林案作出判决，维持了对平林的定罪，认可了德威特的宵禁令。它宣称，德威特的宵禁令从属于国会和总统的联合战争权，亦无违宪歧视日裔美国人之处（在另一个类似的案件安井稳诉美国[Yasui v.United States]中，最高法院得出了同样的结论）。它坚持说，联邦政府在行使宪法

所授予的战争权时拥有广泛的裁量权，在环境允许的情况下，政府行使战争权时可以违反公众自由，政府只需要说明这种行动的具体原因即可。法院还说，对民政和军事当局来说，他们在 1942 年初日本侵略西海岸是一种现实性威胁时并非没有理由得出下面结论：在美国的日本人社区的不忠之徒，“其人数和实力很难准确和迅速地确定”，因此，为了公众安全的利益，应对该社区的全体成员实施全面的宵禁。首席大法官斯通（Harlan Stone，1925-1941 年任大法官，1941-1946 年任首席大法官）写到，种族区分（Racial distinctions）“对自由的人民来说，在本质上是令人可恶的”，但是，当所有的事实和环境都构成了可以这样做的合理基础时，并不排除可以进行种族区分（最高法院还认定国会和总统授予军事指挥官的实质性自由决定权也是恰当的）。

最高法院的决定是全体一致作出的，但是，罗伯特。墨菲大法官提出了附议。他同意在国家危急之际

应该尊重军方判断，但也非常担心地表示，这是最高法院第一次“基于出生地或祖先背景”来对它的公民个人自由加以限制，因此，美国政府的行动已经走到了“宪法权力的极限”。

在第二年的是松诉美国案中，最高法院只能以 6 比 3 的票数裁定把祖先为日本人的居民从太平洋沿岸地区迁走的命令合乎宪法，并维持对佛雷德。是松（Fred Korematsu）拒不搬迁行为的定罪。

是松争辩说，这一命令是强制迁移至拘留营全盘计划的一部份。在要求他从其住处搬走的同时，它还命令他向中转中心报告，以便最终把他转送到将被无限期拘留的“重新安置中心”（relocation center）。但撰写多数意见的布莱克(Hugo Black，1937-1971 年任职）大法官对此置之不理，而把问题限制在搬迁命令的合法性上。他承认，比起强制性的宵禁令，这命令是对公众自由更为严重的损害，但是他仍引用平林案中的理由，声称军事指挥官有同样的理由相信当

时的军事需要这样作。有意义的是，布莱克指出了强调种族差异的法律“可能有违法之处”，需要“最严格的司法审查”，而且，只有“迫切的公共需要”才能为这种法律正名（显然布莱克在这里承认了，联邦政府受到一种反歧视原则的约束），但是，尚缺少足够的证据应用这一标准来审查本案中的事实。

三位提出异议的大法官提出了强有力的反对意见。罗伯茨大法官认为，多数意见孤立地谈论迁移命令的做法实在幼稚，这一命令不过是把日裔美国人集体迁移计划的第一步。他还坦率地用了“集中营”（concentration camps）这一说法。在他看来，这一计划明显违宪，因此，对是松拒绝服从的处罚是错误的。杰克逊大法官则认为，多数意见破坏了美国法律的一项基本原则：罪过属于个体而与祖先无关。它正在作出一项决定，把一种清白的行为——居住在某一地区——视为有罪，仅仅是因为这些居民属于某一特定的种族团体。无论德威特的命令是否有道理，它

都超越了宪法允许的限度。在平林案中，墨菲大法官已经表示政府的行动已到达了宪法授权的极限，现在，他认为政府的这次行为明显超过了这一极限，实实在在地“陷入了种族主义丑恶的深渊”。

就在对是松案作出判决的同一天，最高法院也对远藤案（Ex parte Endo）作出裁定：不论是总统的行政命令，还是国会法律，都无权继续把远藤小姐禁闭在重新安置中心，因为远藤小姐被认定是忠诚美国政府的。但法院拒绝审查导致远藤小姐被监禁的军事命令的合宪性。

二、最高法院的污点 日裔美国人最终获得赔偿

现在，绝大多数的观察家和学者都认为，有关日裔美国人的案件，特别是是松案，是最高法院历史上的一大污点，是对其保护公众自由和公民权利免受政府侵害（即使在国家宣布紧急状态下）的历史责任的重大逃避。最高法院的判决受到了不计其数的当代批评，

有意义的是，这些批评并没有随着时间的逝去而消失。

1945 年，耶鲁大学法学教授犹金。罗斯托（Eugene Rostow，他后来曾经担任耶鲁大学法学院院长和约翰逊政府的副国务卿）发表了一篇严厉批评这些判决的著名文章，题为《日裔美国人案件：一大灾难》。它强调遣送和拘留决定“是多少年来对我们自由最糟糕的打击”，并将使最高法院在处理这些决定所演绎出来的案子时极为棘手。他认为并没有真实的证据来说明军事上的必要性。

几乎同时，《哥伦比亚法律评论》也发表了一篇严厉批评的文章。作者是著名大法官布兰代斯的外甥女纳内特。德比兹（Nanette Dembitz）。她详细分析了导致遣送决定的全过程，对西海岸各州政客、排外主义压力集团和大众媒体在劝说政府采取行动方面的巨大作用尤为注意。她还谴责德威特将军的种族偏见——后者曾经指出，对祖先源于日本的任何美国人，不论是第二代还是第三代，都不能相信他们已完

全效忠美国。她巧妙地指出是松案中最高法院判决的明显前后矛盾。她的结论很明了：最高法院的大法官不加分析地接受了政府的指控，放弃了自己对军人控制平民合理性作出独立判断的职责。德比兹的文章意义非凡，且有讽刺意味，因为她本人就是美国联邦政府司法部的律师，参与了政府有关宵禁令和遣送令案件的准备工作。

在罗斯托 1945 年文章的结尾，他注意到，因为被强制从自己的家园迁出，日裔美国人财产损失惨重，强调说他们应该得到相当的财政补偿。从拘留营出来后不久，日裔美国人就开始为这种补偿而斗争。但他们只获得了部份的成功。1948 年国会通过了《日裔美国人遣送补偿法》（The Japanese American Evacuation Claims Act），它只补偿了日裔的不动产和个人财产的损失，但没有赔偿收入损失和磨难的精神损失。这种补偿不仅与日裔所受的伤害很不相称，而且其所规定的提供证据的标准也不易到达。结果，

政府仅仅补偿了 3，700 万美元了事。

在不同的日裔美国人民权团体的支持下，一场要求全面赔偿的运动在 1970 年代展开了，其结果是成立了一个全国性的委员会来研究日裔被拘留的问题。这个“战时重新安置和拘留平民问题委员会”（Commission on Wartime Relocation and Internment of Civilians）在 1982 年结束了它的工作，发表了一份报告。在谈到重新安置和拘留问题时，它指出：“造成这些决定的显著的历史原因是种族偏见、战时的歇斯底里和政治领导的失误。”它建议对至今还活着被拘留过的人每人赔偿 2 万美元。直到 1988 年，美国国会才通过法律实现了这一建议。

三、为名誉和权益而战 四十年错案一朝洗就在“战时重新安置和拘留平民问题委员会”结束它的工作时，平林、是松和安井稳在一些民权组织的支持下，几乎同时开始了平反各自错案的努力。利用不太为人

所知的“错案补救令状”（writ of coram nobis，一种要求法院基于新发现的事实重新审查过去判决的权利），他们要求联邦法院撤消战时的定罪，并认定政府行为有误——这要感谢一位名叫彼得。伊龙斯（Peter Irons）学者所作的研究，使他们的努力有了成功的希望，并保证他们获得了公平听证的机会。

他们强调，政府有意向最高法院藏匿了能够质疑其行动合理性的信息。以平林案为例，政府曾经说没办法对特定的日裔美国人采取有选择的行动，但它手头上的一份海军情报军官的报告却说可以这样做。在是松案中，政府方面说一份军事报告表示，西海岸的间谍活动正在帮助日本人的战争行动，但政府拥有与之完全相反的报告，它们来自联邦调查局和联邦通讯委员会的首脑。

最后，三份“错案补救令状”的申请者都获得了平反。而且，几个复审他们案子的联邦法院在它们的裁决书中，都尽可能地表现出对他们的同情以及对政

府官员战时行为的不快。

可以有充份的信心说，美国宪政的现代发展几乎彻底否定了有关战时日裔美国人案的法律权威。同样可以明确地肯定，最高法院如果再次面临类似的问题，将不会同意联邦政府在行使权力时进行这类种族歧视。可喜的是，此后这类考验再也没有出现过。

第十五章

吹响结束种族隔离制度的号角

——布朗诉托皮卡教育管理委员会案（1954）

美国的奴隶制度在1861年至1865年南北内战后得以最终废除，但种族隔离制度在战后仍然得以存续，种族矛盾依然严峻，有色人种特别是黑人与白人之间的新的矛盾逐渐积累，到二十世纪已极端尖锐，如果再以一场战争而取得种族隔离制的废除，历史进步意义固然巨大，但付出的代价恐怕会更为巨大。幸运的是，在法治的旗帜下，人民运用法律武器开辟了一个新的战场，以宪法为依托，以争取自由和平等权利的一系列案件为代表，终于汇成民权运动的潮流，创造了历史。

在这一系列案件中，联邦最高法院对布朗诉托皮卡教育委员会案（Brown v.Board of Education）的判决最为著名，它吹响了结束种族隔离制度的号角。

一、白人学校拒绝了林达。布朗奥利佛。布朗生于 1919 年，住在堪萨斯州的托皮卡，他是一位铁路焊工。布朗家住在铁道不远的一边，离布朗工作的地方倒是不远。布朗家整天都可以听到火车来去的噪声。

因为托皮卡公立学校系统实行种族隔离，布朗的女儿林达。布朗每天上学得先步行一段，赶到车站再改乘公共汽车，穿行 21 个街区，最后才能赶到她那所专门供黑人孩子念书的小学。距她家仅七个街区远的地方就有另一所小学，可她去不了，因为那是专门给白人孩子设置的，它只招白人学生。

1950 年 9 月，林达将要上三年级了，布朗领她到白人学校，想让她进入这所学校。布朗在政治方面不是狠活跃，下班之后主要的活动就是到当地教堂去

做助理牧师，现在，他只是不再想看到女儿被迫穿过调车场去上学。然而，白人学校拒绝录取林达。布朗于是就去向全国有色人种福利促进会（NAACP）在本地的领导人麦肯雷求助。全国有色人种福利促进会早就想找个机会来与教育委员会进行较量了。虽然与其它地方一样，在公共学校等领域的隔离政策是托皮卡的生活现实，但很少有人愿意提出挑战。现在麦肯雷抓住了布朗的这个机会，他认定这是采取法律行动的时候了。

在托皮卡的其他几位非洲裔美国人家长也加入了诉讼。1951 年 3 月 22 日，布朗等人在协会找的律师帮助下向美国地区法院在堪萨斯的法院提起诉讼。他们要求下令禁止托皮卡继续在公办学校实行种族隔离。

二、堪萨斯法院驳回起诉 1951 年 6 月 25 日至 26 日，法院开庭审理了此案。布朗和其他非洲裔家

长控诉说，他们的孩子要求进入白人学校遭拒。一个叫席拉斯的家长解释了为什么他和其他家长希望自己的孩子进入白人学校：我们并不是要暗示我们的教师不能够教我们的孩子，因为他们非常优秀、聪明，这些老师有能力教育我们的孩子——白人或者黑人孩子。但是我的意思是我和我的孩子们渴望光明，整个有色人种都在渴望光明。得到光明的唯一途径是在他们是婴儿的时候及长大以后都在一起。

下一步法院听取了一些专家作证，他们说隔离学校是不平等的，因为它给黑人儿童一个强烈的暗示——他们低人一等。隔离的学校系统永远不能洗清这一耻辱。堪萨斯州城市大学基础教育系主席胡夫作证说：白人孩子占了我们国家孩子的 90%，有色人种孩子必须和他们生活在一起。如果有色人种孩子得不到学校中与白人孩子交流的经历，那么他们的课程就受到了很大的限制。

教育委员会的律师回答说，堪萨斯大学的浴室及

其他公用设施也是隔离的。隔离学校为非洲裔美国儿童对未来作为成年黑人进入了现实生活作了准备。隔离制度触及到托皮卡和其他许多地区的每一生活领域。律师说，法院无权仅凭这一个案子作出什么规定，应该考虑公共学校隔离制度的合法性。教育委员会认为隔离学校不会带来什么危害，毕竟，弗里德里克和乔治——所有有名的非洲裔美国人——都取得很大的成就，尽管他们遇到过比隔离教育设施更大的障碍。这种说法的错误是显而易见的。虽然一些特殊的人能战胜困难取得成功，但对大多数非洲裔美国人来说，隔离制度只能导致更少的机会。

最终，堪萨斯的法院驳回了布朗的起诉，因为根据美国联邦最高法院 1896 年在普莱西诉弗格森案（Plessy v.Ferguson）中所作出的判决，种族隔离制度与宪法第十四条并不冲突，这是一种“隔离但平等”（separatebut equal）的制度。虽然如此，但堪萨斯法院明确表示，它对此判决并不是完全满意的。

1952 年 10 月 1 日，原告方提起上诉。

三、瑟古德。马歇尔律师的努力布朗案所涉及的问题一开始就是公立学校的设立实则背离公众利益问题。按照今天的观点，这种学校教育的区别对待当然不合情理，但在五十多年前，多数人并不知道教育不平等到底是怎么个不平等。相比学校里种族隔离相当严重的南方各州，托皮卡市还算是比较好的，它实际上在 1954 年该案做出判决之前就已经在中学中取消了隔离。所以说，布朗案对于当地教育委员会来说只是个相对温和的诉讼。

当年在南卡罗来那州克来尔顿县上学的约瑟夫。莱因相比来说要不幸得多，他要去上的黑人小学有 800 名学生，而全校统共只有 10 个教师，整个学校里连个室内水管都没有。他回忆说："即使对我们这些当时还是小孩子年龄段的人，也能强烈地意识到这种不平等的事实，对此当然也是极端憎恶，但没有办

法，那就是生活现实。”莱因的父亲当时是个牧师，也曾经把布朗案中包含的另一起诉讼告到了法院，此案即从属于布朗案之一的“布里格斯诉伊里特案”（Briggs v.Elliot）。莱因的这一诉讼当然也没有什么特殊之处。最高法院1896年在普莱西诉弗格森案中就认定了“隔离”是合法的存在、跟种族“平等”一样都不违宪。可是在南方，连三岁小孩子都知道这种所谓的平等只是一个幻觉，在布朗案之前的几十年间，南卡罗来那州投在每个白人孩子身上的教育经费是黑人孩子的十倍，佐治亚、密西西比和亚拉巴马州也至少有五倍之多。

第二次世界大战改变了这一切。根据史料，在二战中，有90多万非洲裔美国人被召入军队，而一般人或许难以想象，这个军队内部也实行着种族隔离。这在今天来看显然荒唐至极，当时对军心和民心的影响之深也可想而知。一位黑人下士战后回国时骂道：“我在军中服役四年，解放了无数的荷兰人、法国人，

而如果回国后再让亚拉巴马州版的德国人虐待我，老子宁愿去上吊！我参军参战是个黑人，现在回来就是个男人了。”在一个多种族的移民国家里，“亚拉巴马版的德国人”当然是白人，白人就要比黑人优越——黑人士兵的无奈与愤怒可想而知。二战后，这种种族歧视的情势确实难以继续了，全国有色人种福利促进会（NAACP）会员一下子从 1940 年的 5 万猛增到 1946 的 45 万，也就不奇怪了。

到了 50 年代，种族隔离的第一道裂痕实际上早已经显现。1947 年时，加利福尼亚州废除了种族隔离学校，黑人选手杰克。罗宾逊在垒球比赛中首次出场，打破了体育比赛的种族限制。一年后，杜鲁门总统废除了军队体系的种族隔离制度。社会在裂变与重组，NAACP 在不断壮大，这时，一个人走上了历史前台，他就是 NAACP 的律师瑟古德。马歇尔。

马歇尔毕业于巴尔的摩一所实行着种族隔离制度的大学，他后来成为美国历史上第一位非洲裔最高

法院大法官，而 50 年代时他还只是个执业律师，但他感到时机来了 :现在已经不是仅仅要解除种族隔离和平等权的问题，而是更多。当然，国会或执行当局并不会把这当一回事，国会山仍然被南方人把持着，对那些人来说，要给公民权立法根本是件不可能的事。早在 1935 年，有人呼吁总统富兰克林。罗斯福支持保护黑人的反私刑法案立法时，罗斯福告诉一位黑人领袖说 :“我可不能冒那个险。” 连罗斯福这样的伟大人物也没这个勇气，更不要说其他那些政客了。到 1950 年为止，瑟古德。马歇尔已经赢得了三个具有里程碑意义的诉讼，都是有关大学生要求废止种族隔离制度的诉讼案件。此后，赢得大学里这种隔离之诉对律师而言已经是一个相对容易的目标。当然，也有三个例外 :华盛顿的霍华德大学、那什维尔的医学院、还有南方各州，它们仍然不给黑人任何的大学教育机会。

政界既然无望，斗争看来只能从法庭上入手。

NAACP 开始策划其成员的系列诉讼，目标直指“在一个非种族隔离的基础上赢得教育平等权，对此一朝不达目的绝不罢休”。

马歇尔回到南卡罗来那州着手工作，在那里他接手的案子主要是争取平等公共设施和公交乘车权，并以此指向种族隔离本身。次年春，马歇尔在克莱尔顿县居民的集体诉讼中首次叫板“隔离但平等”的判决。同类的案件在弗吉尼亚州的德拉威尔、华盛顿同时展开诉讼。在托皮卡市，当地的 NAACP 分部找到了奥利佛。布朗，时年 32 岁的这位父亲爽快地答应了要求，和几个伙伴一起去最近的白人学校，要求学校接受他们的孩子入学。所有的人无一例外都受到了拒绝，诉讼随之展开。

各地的案子一个接一个地提出、审理、上诉，如星星之火渐成燎原之势。从 1951 年到 1952 年，各个案件依照各自的法律程序有序地进行着，低级法院法官基本上都是延期审理或者直接否决 NAACP 的

诉讼请求。到了 1952 年秋天，官司打到了最高法院，最高法院把全案合并为“布朗诉教育委员会案”。

以拆除学校的隔离开始冲击隔离制度，从阻力来看南方势大，宜从北方入手，而 NAACP 的诉讼案主要以南方居多，最高法院的大法官们却选用堪萨斯州的这个案件为代表，策略上确实很有讲究。据汤姆。克拉克法官说，这样做，“目的是使整个问题不会带着一股纯粹反对南方的印象”。最高法院的这一选择为未来可能与国会的对抗埋下了伏笔，确实很滑头，当然，也很对头。

然而，从各个方面的迹象来看，时任首席大法官弗莱德。文森会反对推翻普莱西案一案的判决。

NAACP 的领导层也很紧张，度量形势后，一些人开始担心马歇尔律师会不会在诉讼中做得太过分而导致相反的结果。《布朗诉教育委员会案：公民权的里程碑及其烦难的遗产》一书的作者、历史学家詹姆斯。佩特森指出，当时“有一种普遍的不妙的感觉

在群众中弥漫，即如果你这么坚持做了而最后又败诉了，你可能又会让普莱西判例被强化一次，从而影响又一代人”。当然，NAACP 并非只担心这一点。NAACP 律师助理菲利浦。艾尔曼在该案判决之后很久在接受采访时曾说：“我们在 12 月初提出的上诉，是以 NAACP 的名义但有所保留，我个人进 NAACP 也是抱着渐进主义的期望，因为促进会的人都不知道怎么做才能得到法庭的支持，只要文森还是首席大法官，想推翻种族隔离制度，仅此努力而言简直就是个错误。一切都太早了。”

看来，大法官们的阻力才是真正的阻力。这似乎是一句废话，但在 50 年前的那些个日日夜夜里，有多少人为了命运安排、或者为了改变命运而对法官怀着微茫的希望啊。

四、大法官与大结局大法官们于 1952 年 12 月对此案进行了审理，但他们的意见和分歧太大，无法

达成一致。在两派意见中，支持原告方立场的是大法官雨果。布莱克，他认为学校的隔离制度是一种“希特勒式的信条，鼓吹的无非是南方人所信仰的东西”。而反对者一方是大法官斯坦利。里德，这位也正好是个南方人，他的态度很鲜明——一年前华盛顿特区废止餐馆内的种族隔离时，他曾经说过这么一番话，足以表明他是个什么立场了——他说：“啊，我的天哪，这意味着一个黑人也可以走进五月花街的餐馆，并坐在与里德太太相邻的一个桌子上吃饭！”

一年后，本案结论达成：驳回上诉。这是个不寻常的两可结论，一方面，原告仍然可以有新的理由提请重审，但另一方面，它也没有改变任何东西。

律师们总算暂时得以喘息，可以再择机来研究宪法制定的先贤者们设立第十四条平等保护条款的初衷。大法官的障碍无法消除，这不公平的命运，看来真的又要落在新一代人的身上了。

就在这历史的关节点上，正当反种族隔离的斗士

们处于消沉之际，一件意外的消息传来：1953 年 9 月 8 日，最高法院首席大法官文森死于重度心肌梗塞。

一个大法官的死固然是悲痛之事，是否死得其所也另当别论，死得其时却是万万没有想到的。对布朗案的律师、原告以及千百万深受其苦的黑人孩子们来说，这无疑是一个天赐良机。连大法官费利克斯。法兰克弗特在案件判决之后不久也给一位助手说过这样的话，“这是我有生以来第一回感觉到，冥冥之中真的有一个上帝！” 看来上帝这回真的是在眷顾这人间的苦难了。

文森去世后不到三周，艾森豪威尔总统任命了首席大法官的接替人选：一位来自加州的前共和党人、前加州州长伊尔。沃伦。几个月后，大快人心的消息传来，布朗案获准重新听证！

直到 1953 年上任首席大法官，伊尔。沃伦还从未担任过法官一职，但谁也不能小看这个人——确切地说，谁也不能小看这个完美的政治家：他曾三度被

选举为州长，并且是一系列争取民权活动的积极鼓动者。在司法界的履历也值得称道，他当过州检察总长，在战争期间，为保障国内安全，他曾积极从事政府强制收容日本裔美国人的行动。据《首席大法官：伊尔。沃伦传》的作者艾德。克雷说："后来，沃伦对强制收容事件有一种极度的负罪感"，沃伦在任州长期间曾经强烈呼吁反私刑和反投票税的立法，但在当时的历史情况下，这两者都只是毫无可能实现的政治诉求，"所以你可以说，他是要用（首席大法官）这个职位来赎罪来着。"

1953 年 12 月，听取了双方的辩论意见后，大法官们开始了幕后工作。沃伦很细心，他经过一番调查与沟通，对几位同事摸了底，以求尽善尽美。没多久，他确信已经有五个法官可以站在自己一边，也就是说还差三票就可以达成一致意见。这三个人中，前两个他可以试着改变立场的，他的手段是软化对方，新判决要着重强调平等权等等，使其减少一旦推翻普

莱西判例后可能面对的责难和压力。这样就只剩下斯坦利。里德这个家伙最难搞定了。

里德明白自己的处境。作为南方人，他意识到自己如果持反对意见，那么自己作为惟一凸显的例外，不仅会使他面对新一重压力，而且更容易使判决本身引发社会煽动效应。几经权衡，里德终于转变了立场。

里德法官的妥协是相当重要的，这是本案历经现实考验的重要基础。为沃伦立传的克雷在评价该案时曾指出："本案最终来讲是一个政治意义的判决"，亦即政治决定了司法。从里德的表现来看，这一评价显然是中肯的。为了抗击仍然处于合法地位的种族隔离制度，这种影响有极为积极的历史意义。

沃伦亲自书写了判词。1954 年 5 月 17 日早晨，他大声对着聚集在法庭上的听众朗读了判决，把九位大法官的意见清晰地表述了出来："仅仅根据肤色、种族和出身而把黑人孩子，与其他同年龄和资格的人相分离，会给人产生一种据其社会地位加以判断的等

级差别感，这会以一种极难且根本无以弥补的途径影响他们的心灵和思想，……低人一等的感觉会影响儿童学习的动机。因此，获得法律支持的种族隔离具有阻碍黑人儿童教育以及精神的发展、部分剥夺他们在一个族群混合的学校体系中能够得到的益处的倾向。”沃伦朗声念道：“在公立学校中只依种族而把孩子们相隔离……是否剥夺了处于小团体的孩子们获得平等教育机会？我们认为确实如此。”

里德大法官一边听一边流泪，而瑟古德。马歇尔欣喜若狂。“我高兴得都要晕了”，马歇尔后来回忆说。当时还是个士兵的德里克。贝尔，而今是纽约大学法学院访问教授，他回忆判决的影响时说：“一种伟大的情感弥漫在美国各地，当然也弥漫在黑人聚居区，这是他们多年来等待的、为之战斗的东西，而这一天看来真的是得到了一个回答。”

但真正的回答还需要等待。布朗案判决五周后，弗吉尼亚州州长托玛斯。斯坦利公开发表声明：“我

将用每一个合法的手段，在我的权力范围内继续在弗州推行学校隔离制度。”佛罗里达州的民意调查也显示，仅有 13%的警察愿意依法到种族混合的学校里去强制执行学生的接纳工作。1956 年，近 100 名来自南方州的国会议员联合签署了一份名为《南方宣言》的声明，誓言要以一切“法律手段”推翻布朗案判决。

更恶毒的威胁也来自民间。1955 年秋，本系列案原告之一、南卡来罗那州牧师约瑟夫。莱因接到了一封匿名信，限他十天之内离开所住城市，否则就要他的命。七天后，他仍呆在家里没走，但他的教堂突然被人烧毁。到了第十天，一批武装人员出现在他的房舍周围，枪声响起，牧师终于被迫远离，再也没有回来。

也在这个秋天，林达的小妹妹谢莉。布朗在附近一所混合学校里开始上一年级。50 年后的今天，谢莉回忆说：“我们从来不想把布朗案假扮成一个单纯的关于公立学校设置的问题。在当时的情景下，它根

本不是这么回事。它改变了这个国家的本质，推动这个国家不断进步，以兑现它在宪法上的承诺。”

确实，对于千百万有色人种而言，布朗案只是一个开始，但却是公平与正义的开始。

五、布朗案的连锁反应解除隔离、反歧视、公车乘车权、白人迁移……布朗案后发生了什么？

伊丽莎白。艾克福德算得上是布朗案的最大受益者了——1957 年，她是阿肯色州小石城里第一批进入前白人中央高级中学的九位非洲裔美国学生之一。而 40 多年后的今天，她承认她对此并不感到自豪和幸运。艾克福德说，自从走进那个学校，她的生活就没有轻松过，当时政府派联邦军队驻扎到学校，以保护黑人学生免受威胁和骚扰，她对此很是失望，多年后，为保持校区之间的种族学生的平衡，她的一个孩子还被迫送到十英里外的一个学校上学。“在隔离的时代我最渴望的是有朝一日能实现学校的种族融合，

但现在我更向往的是黑人能拥有自己的学校。”

喜忧参半，是艾克福德和众多美国人对布朗案所怀有的复杂感情。无论出发点怎样，从实际效果来看，布朗案确实带来了不少麻烦。对于布朗案对社会现实所带来的改变，人们开始提出这样的问题：布朗案究竟代表着什么？耶鲁大学法学者杰克。巴尔金的一句评论可谓经典：“布朗判例并非产生于 1954 年，而是产生于它之后的这 50 年。”

回顾历史我们会发现，对布朗案结果的辩论早在 1954 前已经开始了。而社会上出现的要求提高黑人院校设置的呼吁，反而被日渐增强的种族融合的趋势给抵消了，这或许是布朗判例最糟糕的社会影响之一。

著名政治学者阿伯特。萨缪尔斯在其书作《隔离不平等吗？——黑人大学与解除种族隔离之挑战》中指出，布朗案限制了非洲裔美国人接受黑人文化教育和发展的机会，事实上，白人学生居统治地位的混合学校对黑人的发展产生了新的障碍。“积极主张融合

的自由主义者们无论多么出于无意，却在现实中切断了黑人文化独立发展的进程。在 50 年后的今天，给黑人公立大学的资助问题仍还未得到落实。”

而布朗案判决后，白人对既成融合的激烈反抗也并非完全出乎意料。布朗案及之后的其他废除种族隔离的判例是否驱使了白人从城市开始迁移，加快城市衰落，促使白人工人阶层开始反对自由派，并增加了新形式的学校隔离？答案很简单。布朗案和公交车（废除隔离）案确实是城市衰落原因争论中最重要的两个代表性因素，但是引起这一衰落的原因远早于 1954 年布朗案确立之前。宾州历史学家托玛斯。苏格鲁在《城市危机的起源：战后底特律的种族与不平等》一书指出，自 1940 年代起，城市就开始发生这种震荡性的变化，当时大批黑人来到北方寻找工作，黑人社区开始在传统的白人聚居区出现并逐渐膨胀，白人失去了对城市管控的信心后、特别是民主政体也在不断强调对黑人加以“保护”之后，白人最终开始

向郊区迁移，在此过程中，白人们还得到了政府借贷的资助。之后，大萧条带来的城市工厂萎缩最终加快了白人迁移的进程。

显然，无论是城市和其他地方的白人工人阶层都清醒地认识到：美国的精英阶层、特别是那些民主党人都指望由他们来承受解除种族隔离所带来的冲击，这也就难怪蓝领白人群体会被自由主义派们给搞糊涂了。有学者指出，布朗案、民权立法和约翰逊总统后来的“大社会”计划令许多的工人阶层人士认识到他们从“新政”以来所支持的民主党辜负了他们的期望。共和党的战略家们和政客们抓住了这一机会，宣称他们是新的平民党，强烈谴责自由派的社会建设设想，认为它们会对工人们产生危害，结果，“愤怒的白人们”抛弃了对旧党的忠诚，转而投向了共和党。

政治的影响固然严重，但是很多评论家都认为，布朗案最大的悲剧在于：最初强调种族融合以追求教育平等的努力，却在某种程度上最终仅仅以强调种族

融合而结束了。在随后的判例和解释中，一个相当重要的渴求迷失了，那就是教育平等权。

毕竟，在布朗案中，沃伦法官认为教育是“一项必须以一切可能的平等的手段获得的权利”，他甚至强调教育本身是一项基本的宪法权利。巴尔金对此评论说，“如你能指出最为关键的问题是教育平等权，你才可以讲出你是否具有平等的机会。”

没有这一理念的澄清，继后的判令只能比沃伦的判词更加保守，限制性的解释也就出现了，在 1973 年圣安东尼奥独立校区诉罗德里格斯案中，法庭多数意见认为州方无义务平衡市区学校的资助，而这些学校的收税要明显低于邻近的郊区学校，判决认为宪法第十四修正案“不需要实现绝对的平等以达到绝对精确的利益平衡”，并指出教育“并非一项基本利益”。

在布朗案 50 年后的今天，以种族融合的最初目标和争取平等教育机会为出发点，能否展开新型的诉求呢？美国得克萨斯州南方大学法学教授约翰。布莱

坦对此持肯定的观点。1996 年，他在康涅狄克州胜诉的一个官司，用的就是该州宪法中所明确保护的“教育权利”。但是，判决后的社会效果却来得很慢，布莱坦由此将注意力从融合学校向融合社区转变。他不认为自己的做法是将布朗判例弃置不用，“我们要更多关注布朗案的价值层面，并采取更多现实的努力，以期从长远的角度使它的结论更加持久。”

第十六章

校园祈祷与“分离之墙”

——恩格尔诉瓦伊塔尔案（1962）

自德国思想家韦伯（Max Weber）成名以来，西方思想界普遍认为，基督新教是推动 17 世纪以来西方现代化和民主政治的最重要动力。北美殖民地早期，在英国饱受迫害的新教派别清教徒（清教徒一般称 puritans ,但最早移民北美的是清教徒中的一个独立派，称为 pilgrims.他们先是从英国移民荷兰南部的莱登，十年后又移民北美）在远涉重洋的移民途中订立了著名的《五月花号公约》，对美国政治思想的发展产生了深远影响。可是，当清教徒定居北美、获得宗教自由后，却实施政教合一的高压统治，无情地迫害其他教派的教徒，其血腥和残酷程度令人胆战心

寒。

为了使新生的美国免于重蹈欧洲和北美殖民地历史上政教合一、宗教迫害的覆辙，制宪先贤在 1791 年批准的宪法第 1 条修正案中特别规定了政教分离和宗教自由的宪政原则。1802 年，美国的国父之一、第三任总统杰弗逊写下了一句传颂至今的名言："我以崇高的敬意注意到，美国人民宣布他们的立法机构'不得制定确立宗教或禁止宗教活动自由的法律'，因而在政教之间立起了一道分离之墙（a wall of separation between church and state）"。杰弗逊关于"分离之墙"的名言，后来成为政教分离宪政原则的同义词，它被解释为：政府部门（包括公立学校）应当在宗教事务中保持中立，不得促进或禁止任何宗教。

1962 年的恩格尔诉瓦伊塔尔案（Engel v.Vitale）就是一桩涉及到"政教分离"这一宪政原则的美国式"大案要案"，具体说来，就是在公立学校中进行宗

教活动是否违反了美国宪法的“政教分离”原则。

一、“政教分离”原则明确 “分离之墙”高矮难定这桩闹得美国社会沸沸扬扬的案件，起因不过是一条只有区区三十来个字的祈祷文。1951 年，出于“教化学生道德”的目的，纽约州教育委员会建议各地方教育委员会，可以要求公立学校的学生在每天上课前诵读以下祈祷词：“万能的上帝，我们承认您是我们的依靠，祈求您赐福于我们、我们的父母、老师和国家。”（almighty God， we acknowledge our dependence upon thee， and we beg thy blessings upon us， our parents， our teachers，and our country.）1958 年，拿骚县教育委员会采纳了这一建议，并在全县公立中小学校中推行。

但好心却未必能够办好事，这一祈祷规定引来了一场大麻烦。在该县新海德公园第 9 联合自由校区，以斯台文。恩格尔（Steven Engel）为首的 5 名学生

家长强烈抗议县教委的这一做法，因为他们并非基督徒，而是分别信奉犹太教、惟一神教和无神论。他们认为，这种校园祷告是政府试图向所有学生强制灌输基督教教义，从而极大地侵害了非基督教家庭孩子们的信仰自由权，混淆了他们的思想，破坏了他们的信仰，因此，它不仅危害了学童的身心健康，而且也严重违反了《权利法案》所确立的“政教分离”原则，是明目张胆的违宪行为，理应予以取缔。1959 年，恩格尔等人把县教育委员会主任瓦伊塔尔（Vitale）告上纽约地方法院，但他们的诉讼请求先后被州初审和上诉法院驳回。恩格尔等人毫不气馁，又将该案上诉到联邦最高法院。

读者们也许会想，那三十来个字的祷告文只不过是句口头禅，何必认真？况且，学校要求学生祷告也是为了加强学生思想道德教育，有何不可？这么一件芝麻粒大的小事，怎么就会跟“政教分离”这么吓人的字眼挂上钩呢？人家纽约的两级法院都觉得家长

们是小题大做了，恩格尔等人干嘛这么叫真，还要费时费钱地到联邦最高法院那里去讨个说法呢？

但大多数美国人可不这么看。在他们眼里，祷告事小，原则事大。“政教分离”原则可不是高高在上，虚无飘渺的东西，稍不留意它就会叫平头百姓吃尽苦头。北美殖民地早期，新英格兰大部份地区把清教定于一尊，毫不留情地排挤和迫害其他教派及教徒。这些前车之鉴，令美国人时刻警惕政教合一的危害。为此，1791 年通过的《权利法案》（即前十条宪法修正案）中，第 1 条便明文规定国会不得制定任何旨在“确立国教”的法律（通称 establishment clause，政教分离条款），从宪政制度上确立了“政教分离”原则的权威性，它和信教自由条款（free exercise of religion clause）一起构成了捍卫美国人民“宗教自由”权利的两道不可逾越的闸门。

说白了，“政教分离”原则就是指政府和教会井水不犯河水，谁也不能干涉谁，否则就有教会干政或

政府确立国教之嫌。杰弗逊曾经对该原则做过形象的比喻，发表过高论，他认为，所谓“政教分离”，就是要在国家和宗教之间建立一道“分离之墙”，政府与宗教都不得侵犯对方的“领地”，因为宗教只是“个人与他所信仰的神”之间的事情，一个人是否信仰宗教以及信仰何种宗教与他人全无关系，政府的“合法权力”也只在于约束人的行为而不是人的思想。

不过，如果我们用心回顾一下美国历史的发展脉络，审视美国的社会现实，就会十分惊奇地发现，杰弗逊所期望的“分离之墙”并没有把政治与宗教完全分开。在美国，宗教与公共生活和政府行为掺和在一起的事实在是太普遍了。例如，“我们信赖上帝”一语不仅铭铸在美国政府发行的硬币上，而且也赫然悬刻于国会大厦的墙壁。联邦国会开会的开场白是牧师的祷告，最高法院也要先诵读“上帝拯救合众国和这个可尊敬的法院”后才可以开庭，联邦军队中也设有随军牧师，即使你去法庭作证，也必须像总统宣誓就

职一样手按《圣经》，发誓你所说的一切句句属实，否则你是必输无疑，凡此种种，不一而足。在外人看来，这不是公然违背自己的宪政原则、自毁“政教分离”的长城吗？但美国人却不这么看。在他们眼里，政教之间当然要有一道“分离之墙”，但它并不是直插云宵、密不透风的。美国的宗教传统实在是太久太浓了，完全彻底地政教分离是不现实的。问题不在于政教之间是否可以依照传统习惯保持一定的相互交叉，而是在于在这种交叉中，政府是否通过干预或强制的手段刻意推崇某种宗教或教派。如果答案是否定的，一切都可按部就班，照旧执行；如果答案是肯定的，那么，政府就没有对所有的宗教和教派做到“一碗水端平”，难免有确立国教之嫌。这时，杰弗逊的“分离之墙”自然也就派上了用场，政府有责任强制解除此类交叉。

然而，在不同的场合，“分离之墙”会有“高矮”之分、“密疏”之别，因而如何在具体的事件中判断

此墙的“高矮密疏”就不断成为美国人激烈争论的话题，其涉及的范围之广令人瞠目，大至政治选举、公共教育，小到社区管理、商贾买卖，“政教分离”原则几乎无处不在。其中，尤以公立学校中是否应当举行宗教祷告为最。此种行为事关青少年一代的教育问题，因此，美国人往往会争得面红耳赤，常常要闹到法院。而且，即使是在最高法院做出判决后，美国社会也是“树欲静而风不止”，判决的赞成和反对方还会在各种场面或媒体上大吵一通，最后甚至还会上升到向国会提交宪法修正案的程度。这个恩格尔诉瓦伊塔尔案就是最好的明证。

二、法庭较量 要上帝还是要权利 1961 年 12 月 4 日，最高法院举行了诉讼调审会议。围绕是否应当受理本案，大法官们意见不一。怀特克（Charles E.Whittaker）和斯台沃特（Potter Stewart）两位保守派大法官极力反对受理，他们认为，县教委的做

法并不违反政教分离原则，因为校园祈祷的目的只是对学生进行道德教化，并无让有其他信仰的学生接受和信仰基督教之意。连首席大法官沃伦（Earl Warren）也多少有些同情地方教委，尽管他一向被认为是保护公民权利的司法先锋。但是，在多数大法官的坚持下，最高法院最终接受了本案，并责令诉讼双方向最高法院提交详细的诉讼书。

在随后的 4 个月里，控辩双方都使出浑身解数，一方面精心起草诉讼书，另一方面又极力争取社会各方的支持，结果，几乎整个美国都卷入了这场是要上帝还是要权利的争论。美国公民自由同盟、美国道德联盟、美国犹太人委员会和美国犹太教委员会等社会团体声援恩格尔等家长，而纽约教委等 20 个州的有关政府部门则支持拿骚县教委。一场势均力敌的司法较量开始了。

1962 年 4 月 3 日，联邦最高法院开庭审理恩格尔诉瓦伊塔尔案。围绕究竟是应尊崇上帝还是应当顾

及学生的宗教自由权利，控辩双方唇枪舌剑，法庭辩论达到了白热化程度。

拿骚县教委的律师认为，虽说学校的课前祈祷可以被视作宗教行为，但它并不是强制性的，不愿祈祷的学生完全可以保持沉默，校方也不会为此惩罚他们。

家长一方的律师则针锋相对，指出校园祈祷虽貌似自愿，但在教师的目光注视下，幼小的学童如果不从，必然会承受巨大的心理压力，因此，这种祷告事实上已成为校方的强制行为，“自愿”一说根本站不住脚。不仅如此，家长们还强调，祈祷文本身明显表明，县教委所推行的祈祷旨在宣扬基督教义，根本不尊重其他人的信仰自由，已经侵害了公民信教的自由权。他们还引经据典，指出追求宗教自由贯穿于美国早期的殖民地经历和后来争取独立的革命中，强调美国今天享有的宗教自由是先辈们用生命和鲜血换来的，因此，县教委的做法亵渎了美国历史，背叛了宗教自由精神。

县教委则反驳说，教委的规定决无刻意推崇基督教之意，因为祈祷文的文字是绝大多数宗教都会采用的语句，侵犯公民权利的指控纯属无稽之谈。同时，宗教祈祷是美国的文化遗产之一，宗教的印记不仅体现在民众日常使用的货币上，而且也出现在《独立宣言》和美国国歌中，因此，公立学校举行宗教祈祷完全是秉承美国的优秀传统，也为世人所接受。

这一轮较量相当精彩，基本上算是打了个平手，法庭辩论顿时陷入僵局。

见此情形，家长一方立刻将突破口转向指控县政府干预宗教事务：突出祈祷文的内容是县教委指定的，而且祈祷也是在作为政府雇员的公立教师的指导和监督下进行的，因此，政府实际上介入了宗教事务，从而违反了宪法第 1 条修正案所确立的“禁止确立国教”的政教分离原则，当属公然的违宪行为，理应取缔。

县教委反驳说，在犯罪率不断攀升的情况下，教

育主管部门的当务之急是要加强学生的道德教化，此乃公立学校宗教祈祷的本意。政府根本无意涉足宗教事务，全然没有违反政教分离宪政原则的嫌疑。

这样，控辩双方的分歧最终就集中在下面这个总题上：政府采取宗教祈祷的方式对学生进行道德教化是否违反了政教分离原则？尽管拿骚县教委百般辩解，千方掩饰，却无法从根本上抹去课前祈祷的浓厚宗教色彩。这样，在庭审后举行的大法官会议上，除斯台沃特大法官外，其余参审的 6 名大法官一致认定，县教委的行为已构成了政府对宗教事务的干预，明显违反了宪法“禁止确立国教”条款。

6 月 25 日，代表最高法院，布莱克(Hugo Black) 大法官宣读了由他执笔撰写的多数意见。

在判决书中，布莱克大法官首先追溯了美国宗教自由观念发展的历史。他指出，早期欧洲移民远涉重洋拓殖北美，很重要的一个原因是为了逃避母国官方教会的宗教迫害。虽然在美国独立前各殖民地也出现

过官方教会，但在 1786 年杰弗逊起草的弗吉尼亚《宗教自由法案》通过后，美国人开始深刻地认识到“政教合一”的严重危害，这就是宪法第 1 条修正案明确规定“禁止确立国教”和保护公民信仰自由权不受政府干涉的原因所在。布莱克认为，拿骚县教委在公立学校中推行的课前祈祷无疑属于宗教活动范畴，由于“祈愿上帝赐福”的祈祷文是由政府机关“指定”的，因此构成了政府对宗教事务的“卷入”，这就“完全违背了禁止确立国教条款”，必须坚决予以取缔。

其次，布莱克大法官认为，拿骚县教委所云学生祈祷是“自愿的”，因而祈祷并未侵犯公民的信仰自由权，也不代表政府支持宗教行为的辩解是站不住脚的。他指出，审查一项政府行为或法律是否违反了“禁止确立国教”条款，并不依赖于政府是否“直接强迫”人民信仰某一宗教或教派，只要政府以其权势、威望和财力支持了某一宗教或教派，就对其他宗教组织构成了“间接强制力”，并使它们在宗教事务中处于劣

势地位。从这一意义上讲，政府的这一行为违反了政府应在宗教事务中保持“中立”的宪法原则和“禁止确立国教”条款，联邦最高法院必须对此加以坚决制止，否则就会出现宗教或教派间的相互“憎恨、不敬和蔑视”，甚至有可能出现宗教迫害，因为“确立国教与宗教迫害是比肩而立的”。

据此，布莱克在判决书中支持恩格尔等学生家长的上诉请求，要求纽约州法院必须按照联邦最高法院的判决精神重审该案，禁止在公立中小学中继续推行课前宗教祈祷。

三、法院裁决明确 校园祷告余波难平恩格尔案是一桩具有重大社会影响的案件，它使美国社会在继 1954 年的布朗诉托皮卡教育管理委员会案（Brown v.board of education of Topeka）之后又一次受到了强烈的震撼。

尽管在判决中最高法院追述了“政教分离”原则

在美国逐步确立的艰难历程，试图以此论证禁止各级政府干预宗教的必要性，但是，由于该判决挑战的是美国传统的道德和宗教观念，触动的是为绝大多数美国人所认可的对《圣经》和上帝的信仰，因而判决一经公布，反对之声便骤然而起、不绝于耳。全美最有影响的天主教周刊《亚美利加》抨击说，这份在周一公布的判决是“黑色星期一判决”，是对上帝彻头彻尾的不敬。阿拉巴马的联邦众议员乔治。W.安德鲁斯认为，最高法院的判决是对美国传统价值观念的背叛，这些大法官们在通过布朗案“将黑人塞进了学校”后，“现在又将上帝抛到了九霄云外”。西弗吉尼亚的联邦参议员罗伯特。C.伯德则攻击最高法院是在“摧残美国人的灵魂”。而另一位国会议员威廉姆斯更是耸人听闻地认为，最高法院通过审理该案，实际上是在“刻意和谨小慎微地阴谋以唯物主义替代美国人的思想价值观念”，其目的是要使美国“共产化”。

不仅如此，部份保守派国会议员还试图通过修改

联邦宪法的方式来推翻最高法院的判决。据统计，在该案判决之后的一年内，共有 22 名联邦参议员和 53 名联邦众议员分别向国会提交了类似的宪法修正案，声称政府可以在公立学校以及其他公共事务中向有关人员和机构“提供祈祷文”，但这些修正案都没能获得国会中三分之二多数议员的支持。虽然 60 年代初冷战的加强和黑人民权运动的发展淡化了美国国内政治对校园祈祷问题的关注，但在以后的历届国会中，仍有部份议员不间断地提出旨在推翻恩格尔案判决、以使公立学校祈祷合法化的宪法修正案。虽然无一能够通过，但却可以看出，恩格尔案判决对美国社会和民众心理的强烈冲击远不是可以轻易地消弭的。

在一定程度上，最高法院的判决可谓是冒天下之大不韪。但冷静思考的话就会发现，批评最高法院的人实际上完全曲解了最高法院所持的宗教自由的标准，大多地受制于对《圣经》和上帝的崇拜情结。其实，最高法院的判决并不是要反对人民自由地信仰宗

教，恰恰相反，是为了使宗教自由权更具有宪法的保障。它所禁止的只是政府不能逾越政教之间的“分离之墙”，它所担心的也只是一旦容忍政府干预宗教事务，宗教迫害就可能接踵而至。因此，维护公民宪法权利的至上性，尽可能减少政府对公民权利的侵犯，才是最高法院在恩格尔案中严守政教分离原则的根本宗旨。

从最高法院做出恩格尔案判决至今，尽管大法官的构成发生了很大变化，其主流司法理念也渐趋保守，但在严防政府干预宗教、保证公立学校遵守“政教分离”原则方面，最高法院的司法裁判是一致的，无意推翻恩格尔案的司法先例。在 1963 年的 school district of Abington township v.Schempp 和 1968 年的埃珀森诉堪萨斯等案件中，最高法院的大法官们以绝对多数票推翻了宾西法尼亚州和堪萨斯州分别要求在学校中诵读《圣经》和禁止在学校中讲

授进化论的法律，他们所据的宪法基础依然是“禁止确立国教”条款。在 1971 年的 Lemon v.Kurtzman 案中，最高法院推翻了宾西法尼亚州关于政府直接担负教会学校教师工资的《非公立中小学教育法》，并提出了判断政府是否涉嫌违反“政教分离”原则的三项标准，即：法律必须具有“世俗的”立法目的；法律的主要或首要效果必须是“既不促进也不限制”宗教；法律必须防止政府“过分地”卷入宗教事务。在 1985 年的 Wallace v.Jaffree 案中，最高法院认定，阿拉巴马州一项在公立学校规定“静思时间”并鼓励学生进行宗教祈祷的法律违宪，因为该项法律的“惟一目的”是要向社会表明政府是支持公立学校宗教祈祷的，这已使政府涉入了宗教事务，违反了“政教分离”原则。在 1972 年的 Lee v.Weisman 案中，最高法院再次秉承恩格尔案先例，判决 Rhode Island 普罗维登市一所中学在毕业典礼上举行宗教祈祷的行为违宪，因为在毕业典礼这样一个学生普遍渴望参

加的重大仪式中，学校的上述做法实际上已构成政府“强制”学生参加某一特定的宗教祈祷。

“政教分离”作为一项基本的宪政原则，总体上已为美国社会所普遍接受。但是，由于宗教（尤其是基督教）传统在美国的根深蒂固，对《圣经》和上帝的信仰早已深深地渗入到了人们的思想和行为中，因此，相当一部份甚至是大多数美国人在政府鼓励或指导某种宗教活动、而这种宗教活动又符合他们的宗教和道德观念时，往往会不自觉地默认甚至欣然接受政府的行为，并对最高法院裁定政府行为违宪的判决表现出极大的愤怒。

但是，颇为可贵的是，在恩格尔案判决后的 40 年里，最高法院一直没有屈从民众的压力，坚持以恩格尔案为司法先例严格审查政府在宗教事务中所扮演的角色。这一方面与最高法院在美国政府体制中所具有的独立地位密切相关，另一方面也因为最高法院的大法官深知，他们是维护美国宪政体制和谐发展的

最后一道屏障，他们的每一项判决都直接或间接地影响着美国政治的顺利动作。因此，在面对涉及宪政原则的大案要案时，决不奉行从快从重的原则，也不盲从社会舆论。尤其是在涉及校园祷告的问题上，最高法院大法官们更是注意加强审查政府是否介入宗教活动的力度。在他们看来，中小学生无论是在心智发育还是在道德养成等方面都尚未成熟，如果他们不自学地或被迫地参加了政府确定的某些宗教活动，那么，这不仅有违“政教分离”宪政原则，侵犯了公民的宗教自由权，而且也极可能影响到学生的思想和独立人格的形成，后果不堪设想。从这个意义上讲，最高法院并未从根本上违反民意，它反对政府卷入宗教的目的，恰恰是为了使民众有更多的条件和机会自由地选择和坚持自己的信仰。

如果说民众要求的主要是公民能够在现实生活中实现宗教自由的话，那么，最高法院着重考虑的则是如果容忍政府干预宗教，公民的宗教自由就会遭遇

潜在的威胁。二者的目标一致，只不过关注的角度稍有差异罢了。

第十七章

“政治棘丛”中的平等选举权

——贝克诉卡尔案（1962）

在美国，联邦和州各级议会的议员们号称民意代表，为维护自己选区选民的利益，他们常常是吵得面红耳赤，争得不可开交。为此，人们会不由自主地感叹美国议会政治的民主和公正。但是，如果将时针倒拨 40 年，在 20 世纪 60 年代以前美国的议会政治运作中存在着一个非常严重的弊端，那就是在各州普遍存在的“议席分配不公正”（malapportionment）。

美国宪法规定，代表人民的国会众议员由各州选民直接选举，议席的分配应与选区内选民的人数相匹配，并根据联邦政府十年一度的人口统计数字进行调整。所谓议席分配不公正，是指由于历史和政治原因，

在联邦众议院和州众议院议员的名额分配中未能实现各议席所代表的人口数目的基本相等。这样，不同选区的选民选举代表自己的各级众议员时手上选票的“含金量”是不同的。表面上看，虽然人手一票、大家平等，但由于许多选区人口相差很大，这样，在选举数目相同的众议员时，人口多的选区选票的代表性显然远不及人口少的选区。这种未能按人口变化及时调整议席分配的现象背离了选民选举众议员时应当拥有平等投票权的“一人一票”原则。

这种表面平等与现实不平等之间的巨大差异引起了民众特别是人口多的选区中选民的强烈不满。从 19 世纪末 20 世纪初开始，许多美国人不遗余力积极推动州和联邦国会改变这一议席分配不公的现象。无奈，历史形成的选区格局已成为一些政客和党派的既得利益，改革的努力始终未能如愿以偿。显然，要让各级议会来铲除在很大程度上是它们自己所确定和划分的选区所造成的不公正绝非易事。

既然政治途径走不通，改革家们只好另辟蹊径，试图借助司法的力量来消除议席分配不公正。然而，重新调整众议院议席分配必然会打乱现有的党派和利益集团之间的平衡，在众议院引发政治地震，影响空前重大。根据美国的宪政传统，确定国会议席分配的责任属于联邦国会而不是司法机关，如果联邦最高法院强行介入这一问题，将会侵犯联邦国会的职权，使法院陷入充满危险的“政治棘丛”（Political' Thicket）。

这样，究竟是积极司法、维护现实中的社会平等和公正，还是保持司法克制、尊重民选立法机关，成为最高法院在 1962 年贝克诉卡尔案中面临的一道难题。

一、议席分配不公 政治还是司法问题？

在美国，议席分配不公正向题由来已久，其根源是 19 世纪后半期开始出现的城乡对立和利益冲突。

从 1607 年北美殖民地草创到 19 世纪中期，美国基本上是一个乡村社会，1790 年时乡村人口占总人口的 94.9% ,到内战前夕仍高达 80.2%.与此相应，乡村利益集团在美国政坛中占据着绝对优势，不仅控制着各州议会中的绝大多数议席，而且也操纵着联邦国会议员的选举。但 19 世纪后半期，美国工业化和城市化迅猛发展，1890 年时城市人口还只占总人口的 35.1% ，到 1920 年则达到 51.2% ，首次超过乡村人口。这样，“城里人”便开始要求与“乡下人”在政治上平起平坐，提出重新分配议席，以获得更多的参政权利，进而维护自己各方面的利益。但是，这一正当的改革要求却遇到乡村既得利益集团的百般阻挠。尽管全美 36 个州的宪法都明文规定要定期重新分配议席，但到 1960 年，仍有 12 个州的州议会议席和它的联邦国会议席的分配 30 多年未变，田纳西和亚拉巴马等南方州甚至是 60 多年“一贯制”。

在田纳西州，虽然州宪法明确规定州议会和州属

国会议席的分配应与选区内的选民人数相匹配，并根据联邦政府十年一度的人口统计数字进行调整，但实际上，自 1901 年通过《议席分配法》（The Apportionment Act）后，该州议会从未对议席分配作过任何调整。到 50 年代末，城乡选区间选民数量的不平衡已相当严重。例如，在州众议院议员选区中，最小的乡村选区只有选民 3，454 人，最大的城市选区选民却多达 79，301 人；在州参议院选区中，最小（乡村）和最大（城市）选区的选民数分别是 39，727 人和 237，905 人，相差近 6 倍。这就使得占全州人数总数 60%以上的城市选民只能选举 99 个州众议院议席中的 36 席和 33 个州参议院议席中的 13 席，从而造成了富有美国特色的“城乡差别”。

1959 年，一些城市选民实在是气不过，便在查尔斯。贝克的带领下，一张状纸把州务卿乔。卡尔告到联邦地区法院，要求法院强迫州政府重新分配议席。贝克是位地方治安法官，这难免让人联想到 150 多

年前另一位候任治安法官马伯里的诉讼所产生的巨大影响。

法院虽然承认田纳西州的议席分配是相当恶劣的“弊制”，“必须立即予以纠正”，但却援引最高法院 1946 年的一个先例驳回了贝克等人的诉讼请求，拒绝审理此案。

联邦地区法院的这一做法显然是在回避矛盾，把问题推到联邦最高法院。它所援引的 1946 年的先例叫科尔格罗夫诉格林案，其情形与贝克案几乎完全相同，只不过该案发生在美国中西部伊利诺伊州，涉及的是国会议员议席分配不公的问题。

在科尔格罗夫案判决中，联邦最高法院承认伊利诺伊州存在着议席分配不公的事实，但宣称，根据美国的宪政传统，确定国会议席分配的责任在联邦国会，而不在司法机关，如果法院涉足此类问题，必然会“使法院直接主动地陷入政治纷争之中”，这不仅“有害于民主制度”，而且也会“严重侵犯国会的神圣职权”，

在此情况下，司法机关应当最大限度地保持“克制”，不应该进入这一充满危险的“政治棘丛”。

最高法院这一保守的司法判决，首先是与当时流行的“司法克制”原则（judicial restraint）密切相关。本来，“司法克制”是进步主义时代著名大法官霍姆斯和布兰代斯首先提倡的，针对的是 19 世纪后半期最高法院频繁推翻联邦和各州社会经济立法的做法。它虽主张司法机关“自我约束”，但这种“约束”并不是消极的，而是旨在给予政府更多的行为空间，使其能够最有效地管理社会和保护公民权利，因而带有非常鲜明的进步色彩。但到 20 世纪 40 年代，在政府保护民权问题上停滞不前时，最高法院仍以“司法克制”为由对社会不公正视而不见、听而不闻，就显得有些保守了。

其次，科尔格罗夫案判决也深受传统的“政治问题”回避原则的影响。这一原则是指在司法实践中，某些案件虽可以由司法管辖，但是这种司法介入可能

会与其他“政治机构”（即立法和行政机关）发生冲突，因此，法院就可以认定它们是“非司法性”案件，予以回避，以便超然于政治漩涡之外，保持司法的“纯洁性”。

科尔格罗夫案之后，最高法院一直以“政治棘丛”观为圭臬拒审议席分配案件。但到 50 年代末 60 年代初，美国国内政治气氛大变，民权运动高涨，民众的平等权利意识加强，最高法院面临着巨大的压力。而且，联邦政府也开始调查议席分配不公正问题，当时的民主党人肯尼迪政府正在利用行政权力敲打各州的议席分配不公正行为。1961 年，联邦民权委员会公布了一份题为《选举》的报告，详细列举了在美国绝大多数州中普遍存在的议席分配不公正的事实，建议联邦政府在各州联邦和州议席分配中设法保证“各选区选民人数的实际平等”。同时，它还认为，联邦国会应当明确认可联邦司法机关有权根据联邦宪法和法律审理有关议席分配的案件。

显然，这给处于挫折当中的贝克等人一线希望，他们决心到联邦最高法院把官司进行到底。

二、抛弃僵化原则 法院勇闯“政治棘丛”

1961 年 4 月和 10 月，联邦最高法院先后两次对贝克案进行庭审，可谓非同寻常，极为谨慎。

法庭的辩论相当激烈。贝克等人认为，田纳西州议会不顾州宪法定期重新分配议席的规定和 50 多年来该州人口分布巨大变化的事实，“武断、专横地”沿用 1901 年的《议席分配法》，是一种明目张胆地违反州宪法的行为；同时，由于州议会面对议席分配不公正无动于衷、无所作为，致使城市选票没有获得与乡村选票相等的“选票价值”，因而侵犯了城市选民的平等法律保护的宪法权利。据此，贝克等人坚决要求最高法院推翻该州 1901 年《议席分配法》，并判决田纳西州议会按照 1960 年的最新人口统计平等公正地重新分配议席。

贝克等人的立场得到了联邦政府的大力支持。联邦司法部以“法庭之友”的身份向最高法院提交“法律理由书”，通过事实，从法理上阐述田纳西州政府在议席分配方面存在的违宪行为，支持最高法院对这一案件行使司法管辖权。

田纳西州政府虽然承认，因历史原因，该州的议席分配存在着一定的问题，但它辩称，由于贝克等人已享有投票权，因此他们的平等权利事实上并没有受到侵害。而且，该案所涉及的议席分配“纯系政治问题”，根据科尔格罗夫诉格林案判决，它根本不属于司法管辖范围，如果司法机关强行介入，不仅严重违反了既有的司法先例，而且也侵犯了联邦宪法所规定的分权原则。

围绕究竟是应最大限度地维护现实中的社会公正，还是尊重民选的立法机关、尽量保持司法克制，最高法院内部出现了严重的分歧。从恪守先例出发，法兰克福特（Felix Frankfurter）、哈兰、惠特克和

克拉克（Tom C.Clark）等四位大法官认为，不涉足议席分配这一“政治棘丛”对保持最高法院的威望至关重要，因为“最高法院的权威是建立在公众对其道德约束力的持续信任之上的，要维持这种信任，最高法院就必须在政治漩涡中超然独立”。因此，它应尽最大努力“紧闭通往政治棘丛的大门”。

从社会公正的立场出发，沃伦首席大法官和布莱克、道格拉斯（William 0.Douglas）及布伦南（William Brennan）等三位大法官则坚信，司法机关应当积极介入议席分配问题，切实保障公民能够享有真正平等的宪法权利。他们认为，科尔格罗夫案判决“是一根经不起推敲的法律芦苇”，根本不能成为最高法院处理议席分配案件时的权威先例，因为田纳西州的议席分配不公正公然违反宪法第 14 条修正案的“平等法律保护”条款，相关的诉讼案件属于司法管辖理所当然。在他们看来，该州的“议席分配胡乱拼凑，毫无任何合理因素”，严重损害了人民的宪法

权利，如不予以坚决更正的话，就“意味着美国宪政体制的失败”。

两派大法官势均力敌，最后一名大法官斯图尔特犹豫不决，现在，他成了左右案件结果的关键人物。经过一番深思熟虑，他毅然倒向沃伦等务实派大法官们一边，支持对贝克等城市选民提供司法保护。斯图尔特大法官解释说，虽然他与法兰克福特等大法官们一样深深地担忧，如果支持原告可能会遭致猛烈批评甚至损害最高法院的威望，但他认为，田纳西州的议席分配方案实在是极端的不公，如不加以严厉制止的话，不仅无法保证城市选民的平等选举权，而且也会阻滞美国的政治民主化进程，“在这种情况下，我认为司法机关对贝克诉卡尔案拥有无可争议的司法审判权。”

为了能够尽可能地说服自己的同事，授命起草法院意见书的布伦南十易其稿，争取意见书的内容无懈可击。布伦南的强有力的逻辑和近似完美的论证最终

改变了克拉克大法官的态度。虽然这一转变已不再会改变贝克案的结果，但它表明，曾在议席分配问题上长期左右最高法院的“政治棘丛”原则已失去了往日的权威，而保护公民享有平等的政治权利正成为最高法院多数大法官们关注的重心。

1962 年 3 月 26 日，最高法院公布了由布伦南大法官起草的判决书。

判决书首先认定，联邦司法机关对议席分配案件拥有司法审判权，因为田纳西州议席分配的不公正行为侵犯了宪法赋予选民的平等法律保护权利。

其次，判决反驳了田纳西州政府所称的贝克等城市选民没有足够的诉讼资格的论据。判决指出，贝克等上诉人已“明确、直接和充分地”申述了一项基本的事实—他们在行使选举权时受到了不公正的对待，因此，他们有权向联邦司法机关提出诉讼。

更为重要的是，判决明确推翻了科尔格罗夫案确立的“政治棘丛”原则，认定议席分配案是“可司法

性”案件。布伦南指出，不能仅仅因为案件寻求的是对一项“政治权利”的保护，就认为它涉及了“政治问题”而不在司法机关的职权范围之内，如此认识只能是在“玩弄文字游戏”！由于贝克等上诉人“有充分的证据证明”，他们的“平等法律保护”权利遭到了无端的“歧视”，因此，上诉人依据平等法律保护条款要求得到司法保护的诉讼请求“不得因与政治问题有关而遭到拒绝”。

最高法院的结论是：田纳西州必须根据联邦政府最新公布的人口统计数字公正平等地分配州议会议席，切实保证每一位公民在事实上都能享有与其他人一样的平等投票权，维护美国代议民主制的公正和公平。

三、关注社会现实 司法理念与时俱进贝克案的判决是当代美国宪政中最具影响力的判决之一。它第一次有效地制止和更正了美国各州长期存在的议席

分配不公，同时也昭示着最高法院司法理念开始发生重大变化。多数大法官们开始认识到，时代的演进和社会的发展，需要政府不断调整保护公民政治权利的范围和力度，否则社会公正无从谈起。如果正常的政治途径无法保护公民的平等宪法权利，那么，司法机关就有必要适时地介入，用强制的手段摒除政治生活中实际上的不平等，因为维护社会公正的重要性远甚于恪守僵化的宪政原则。美国主流司法观念的这一变化，无论是对最高法院还是对整个美国社会而言都是一次历史性的变革，正因为如此，沃伦在后来的回忆录中将贝克案视为他 16 年首席大法官生涯中“最重要的案件”。

在贝克案中，最高法院能够抛弃陈旧的司法先例，做出保护公民平等权利的积极判决，实在是天时地利人和的结果。

就人和来说，当贝克案上诉至沃伦法院时，务实的开明派大法官已有 4 人，他们不仅信念坚定，而且

行动积极。在他们看来，司法机关必须尽可能地承担起保护人民宪法权利的神圣职责，而不必恪守先例。在沃伦眼中，最高法院就是现代的“衡平法院”，如果其他政府机构未能切实保护公民权利，最高法院就必须弥补这一过失，义不容辞。道格拉斯也认为：“无论任何人，只要他的生命、自由或财产遭到了……威胁和侵害”，他都可以向司法机关申诉，以维护自己的宪法权利。正是这样的司法思想，给最高法院注入了一股强劲的司法理念——注重现实平等，这使推翻保守的科尔格罗夫案成为可能。

就天时地利而言，城市问题的日益严峻使解决议席分配不公问题成为美国社会的当务之急。二战后，美国郊区化发展迅速，造成中心城市衰败、交通堵塞、空气污染、失业和犯罪等问题严重。由于议席分配不公现象的普遍存在，城市利益集团根本无法在乡村利益集团代表占优势的联邦国会和州议会中获得更多的发言权，从而使城市长期得不到政府的有效帮助，

城市危机日趋恶化。到 20 世纪 50 年代后期，改革议席分配制度、平等公正地维护城市利益已经成为美国城市社会中的强烈要求。

与此同时，二战后美国人平等权利意识普遍增强，城市选民铲除社会和政治不公现象的愿望强烈。50 年代初开始的民权运动震撼了美国人的思想和观念，他们开始重新领悟宪法中的平等权利观念的内涵，要求政府实施保护平等原则的具体措施，这样，美国社会便在 20 世纪 50-60 年代进入了其历史上少有的“平等观念高歌猛进的时期”。最高法院在先前几个案件中做出的保护黑人平等投票权的判决大大鼓舞了广大城市选民，他们认识到，如果一个公民的选举权不能因其种族或肤色而受到歧视，那么，他也不应该因为居住的地域与他人不同而使自己的选举权价值大打折扣，既然司法机关能够保护黑人的平等投票权，那么它也应该在消除议席分配不公、保护城市选民平等选举权方面负起责任。因此，贝克案的判决，

实际上是最高法院在平等权利意识日益高涨的社会氛围中对城市选民平等选举权要求的正式认可。

贝克案之后，最高法院先后在 1963 年的格雷诉桑德斯和 1964 年的韦斯伯利诉桑德斯和雷诺兹诉西姆斯等案件中再次积极介入议席分配，把“一人一票”原则扩展到联邦国会众议院选举，坚持了切实保护公民平等选举权的立场，从而使平等公正地分配议席成为美国社会中不可逆转的历史潮流。1966 年哈里斯民意测验（Louis Harris Poll）显示，76%的人支持沃伦法院的判决。

贝克诉卡尔案已经过去 40 年了，但它所昭示的原则仍然发人深省。现代民主社会不应仅仅满足于公民权利在形式上的外在平等，而应该追求和保证实质性的内在平等，否则公民的宪法权利就不可能得到真正的保护。

贝克案告诫后人，在社会的有序发展和政治体制的运作中，司法部门永远都是一个极为重要的参与者。

若要使法院能够成为推动社会进步的动力，切实地履行其所肩负的维护社会公正的职责，司法部门就应以务实的司法理念为指导更多地关注社会现实，而不能仅仅拘泥于僵化和过时的司法原则。惟有如此，司法机关才能真正成为宪政法治和社会公正的守护神，社会的民主化与法治化才能真正地实现。

让我们永远记住霍姆斯大法官的名言："我们需要学会超越我们自己的信念，让有序的法律变化去废除我们曾经珍视的东西。"

第十八章

公正审判与对穷人的司法援助

——吉迪恩诉温赖特案（1963）

最大限度地保护公民的基本权利是现代法治社会的一个重要特征。美国宪法第 6 条修正案规定，刑事被告在法庭受审时有权请律师为其辩护。但是，由于人们在金钱和财富方面的不平等，这种表面上人人平等的宪法权利实际上隐含着实质上的不平等。那么，在通常需要破费巨额金钱才能买到程序公正和平等法律保护的法治社会里，贫穷被告若是惹上了刑事官司该怎么办呢？法院如何保证穷人在法庭上受到公正平等的审判呢？美国最高法院 1963 年对吉迪恩诉温赖特案（Gideon v.Wainwright，1963）的判决或许会引起人们的深思。

一、法治社会 穷人如何打官司？

美国是典型的法治社会，法律被视为处理各种社会矛盾和纠纷的最高准则。可是，这种法治社会至少有两个不招人爱的特点：一是律师和法官多得不计其数；二是法律诉讼的费用高得不可思议。在享有完善的法治带来的安定和秩序的同时，美国人也饱受多如牛毛、难以承受的诉讼之累。

据统计，2 亿 7 千多万人口的美国社会，平均每年至少有 1200 万起诉讼官司，而打官司自然要求助于律师的专业技能和知识。在美国的司法体系中，法院审判一向采取抗辩式的审判制度，即双方律师在法官和陪审团面前唇枪舌剑，抗辩盘诘，直至案情真相大白，或接近真相大白。如果没有律师相助，普通人打赢官司的可能性微乎其微。按美国人的说法，律师一方面可以根据法律主持公道、澄清是非、解决纠纷，一方面也能够钻法律的空子颠倒黑白、混淆是非、制

造麻烦。所以，美国社会永远都需要数量众多的律师帮助人们打官司。

美国人口只占全球总人口 5%，但全世界 70%的执业律师都在美国。由于律师成群结队，饥如蝗虫，再加上司法程序复杂繁琐，法律法规浩若烟海，成文法与案例法相互引证，难似天书，致使法律诉讼的费用极为昂贵。1995 年，加州政府跟 O.J.辛普森的“梦幻律师队”过招儿，一年多下来花了纳税人 800 多万美元，最后还是没能把辛普森定罪，银子全打水漂儿了。据统计，在 1999 年度，美国人因打官司被律师拿走的诉讼费高达 3000 多亿美元，几乎相当于澳大利亚半年的国民生产总值。在很多美国人的心目中，律师有时就是不拿刀子也敢抢银行的江洋大盗。

这样一来，人们自然会有一个疑问：在通常需要破费巨额金钱才能买到程序公正和平等法律保护的法治社会里，如果一个贫穷被告人而不是辛普森那样的“大腕”惹上了刑事官司该怎么办呢？换句话说，

法院如何保证请不起律师的穷人在法庭上受到公正平等的审判呢？

信不信由你，如今在美国，昂贵的刑事律师费用已与穷人没有太大关系。根据美国最高法院的判例，穷人因刑事犯罪打官司时是用不着自己掏腰包请律师辩护的。贫穷被告一旦犯事儿，惹了刑事官司的麻烦，只需在法院填写一张专门的表格证明自己家境贫寒、那点儿微薄的收入仅供糊口、根本雇不起律师就行了，一旦上了公堂，自有法庭委派的辩护律师免费侍候。这种仿佛是“天上掉馅儿饼”的好事，与一位狱中案犯上书联邦最高法院为自己喊冤叫屈的著名案例有直接关系。

二、正当程序 是否包括律师权？

根据 1791 年批准的美国宪法第 6 条修正案，刑事被告在法庭受审时有权请律师为其辩护。可是谁都知道，虽然金钱不是万能的，但请律师出庭辩护没有

钱却是万万不能的。此后 100 多年来，此款宪法修正案实际上只保护了有钱人的人权，对于穷得揭不开锅的穷苦被告来说，这条法律只是画饼充饥。

这种不公正情况直到 20 世纪 30 年代才得到初步改善。1932 年，美国最高法院在著名的鲍威尔诉阿拉巴马州（Powell v.Alabama， 1932）案判决中规定，各州法院应免费为被控死罪的穷苦被告人提供辩护律师。舒赫兰大法官（George Sutherland，1922—1938 任职）在判决书中一针见血地指出："在很多案例中，被告人倾诉的权利，如果不包括律师代为倾诉的权利，那么这个权利就没有多大意义。"

鲍威尔案的判决固然是一个很大的历史性进步，但也有人 开玩笑说：这不是鼓励穷人犯死罪吗？穷小子必须有种把事儿犯到以死刑起诉的份儿上才够资格享受一回免费律师服务的待遇。针对种种指责，1938 年，最高法院在约翰逊诉泽伯斯特（Johnson v.Zerbst，1938）案中，对宪法第 6 条修正案中关于

律师权的条款做出了前所未有的宽泛解释。最高法院裁定：在各级联邦法院中，无论被告人被指控的是死罪或是其它刑事罪行，法庭都必须免费为贫穷被告提供律师。

但是，联邦最高法院对约翰逊案做出的裁决只适用于各级联邦法院，对各州法院则毫无约束力。其原因是，宪法第 6 条修正案是著名的《权利法案》（美国宪法前 10 条修正案）中的一项，而根据联邦最高法院的最初解释，《权利法案》只对联邦政府具有约束力，但不适用于各州政府。制宪先贤当年制定《权利法案》的主要目的是严格限制联邦政府的权力，在当时的历史和法律环境下，人们最担忧的是联邦政府权力过大、专制独裁，而非 13 个州政府各自为政，各行其是。

颇具讽刺意味的是，在美国宪政史上，联邦政府在众目睽睽之下基本上循规蹈矩，反倒是“天高皇帝远”的各州和地方政府经常任意侵犯公众权利。可是，

由于美国是一个联邦制国家，每个州都如同一个独立的小国，有着 50 部各具特色的州宪法和 50 部不尽相同的刑法。美国的司法体系也是一种双轨制，分为联邦法院系统和州法院系统。依照分权和制衡的原则，管理各州公民个人权利和日常活动的权力属于州政府。一般而言，联邦政府无权干预各州在这些领域的法律和司法程序。

约翰逊案裁决的适用性虽然有限，但在此裁决的影响下，1942 年，一位名叫贝茨（Smith Betts）的案犯大胆上诉，在贝茨诉布拉迪案（Betts v.Brady，1942）中向联邦最高法院提出了新的挑战。贝茨是马里兰州一家农场的失业工人，因涉嫌抢劫被捕。在马州法院受审时他坚称自己是冤枉的，并要求法院为他提供一位免费律师，但遭到法官拒绝，理由是此案并未涉及死罪。由于没钱请律师，贝茨只好自充律师，自我辩护，但因缺乏法律知识和庭辩经验，他无法在法庭上令人信服地证明自己清白无辜，结果被判处 8

年有期徒刑。贝茨不服判决，写了一份请求联邦最高法院颁发调卷令（Writ of Certiorari.在英美普通法系，当下级法院的判决受到异议时，上级法院向下级法院下令要求调阅有关案子卷宗的命令）的申诉书，希望最高法院大法官出面干预，保护州法院系统贫穷被告人的联邦宪法权利。

贝茨诉布兰迪案在最高法院引起了很大争议。在美国宪政史上，针对州和地方政府对公民宪法权利的侵犯远比联邦政府为甚的严重问题，尤其是针对南北战争后保障黑人宪法权利的迫切必要，1868 年国会和各州批准通过了宪法第 14 修正案。它规定：任何一州都不得制订或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律；不经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产；州在其管辖范围内不能拒绝给予任何人以平等的法律保护。可是，《权利法案》是否应属于“正当法律程序”中的一部份？各州公民的哪些个人权利应纳入联邦政府保护范围？对于这些

重要的宪政问题，由于内战后南方错综复杂的政治和历史环境，第 14 修正案未予明确说明。

支持贝茨上诉的法官们认为，各州公民的律师权是每一位美国公民的基本宪法权利，州法院拒绝向非死刑罪嫌犯提供免费律师的做法违反了宪法第 6 修正案，而第 6 修正案关于被告律师权的规定应成为第 14 修正案关于各州应遵循的“正当法律程序”的一个组成部份。反对派则认为，向非死刑罪嫌犯提供律师将会导致各州纳税人负担过重，第 14 修正案关于“正当法律程序”的条款中没有也不可能包含州法院应向贫穷被告免费提供律师的含义。最后，反对派占了上风，最高法院以 6 比 3 三票之差驳回了贝茨的上诉。

在英美普通法系中，最重要的一项原则是“遵循先例”（Stare decisis），以维持社会秩序的相对稳定，避免朝令夕改，使民众无所适从。这样，直到 1963 年，联邦最高法院才在吉迪恩案的判决中裁定律师权

是每一位美国公民不可缺少的宪法权利，各州法院应为被控刑事重罪的贫穷被告免费提供辩护律师。这一里程碑式的重要判决，在联邦政府把各州公民基本权利纳入联邦宪法保护的道路上迈进了重要一步。

三、班门弄斧 穷汉自充律师与美国宪政史上一些著名的大案要案一样，吉迪恩诉温赖特案与一位不起眼儿的小人物的命运密切相关。克拉伦斯。吉迪恩（Clarence E.Gideon）是美国佛罗里达州巴拿马市的一个白人穷汉，只有初中文化水平（美国实行中小学 12 年制义务教育，吉迪恩的学历为 8 年级）。1961 年，他因涉嫌闯入一家台球厅兼小型旅店行窃而被捕，被控从台球厅内的酒吧中窃取了十几瓶罐装饮料、啤酒和葡萄酒，以及从自动售货机中盗窃了总额为 65 美元的硬币。

1961 年 6 月，州地方法院开庭审理吉迪恩案，主审法官是麦克拉瑞（Robert L.McCrary，Jr.）。开

庭前，法官按常例询问原告和被告是否已做好出庭准备，吉迪恩回答说：本人一贫如洗，无钱请律师，所以毫无准备。接着，吉迪恩顺水推舟要求法官为他提供一位免费律师。麦克拉瑞法官回答说：根据佛罗里达州的刑事诉讼法，州法院只为那些被控死罪的穷人提供律师，由于目前控方对被告的指控离死罪远了去了，所以法庭不能向他提供免费律师。

吉迪恩虽然文化程度不高，但偶尔也翻翻报纸，对联邦最高法院的一些著名判例略有所闻。于是，他鼓起勇气对法官说：联邦最高法院已有规定，像我这种类型的被告人有权得到免费律师的帮助。麦克拉瑞法官一时给问愣住了，他原打算解释一下联邦法院与州法院是两回事、联邦最高法院 1938 年对约翰逊案的判决不适用于州法院之类的普法常识，但转念一想，觉得吉迪恩只是个不懂装懂的主儿，对这号法盲继续解释下去恐怕也是对牛弹琴、白费口舌，所以，麦克拉瑞法官干脆就没搭理吉迪恩的质问，他在法庭记录

上草草写下了吉迪恩提出的问题，然后将法槌重重敲下，宣布审判正式开始。

吉迪恩见法官对自己的问题不屑一顾，知道自己是在班门弄斧，心里凉了半截，只好在审判过程中鼓起勇气为自己做无罪辩护。代表州政府起诉吉迪恩的是助理检察官哈里斯（William E.Harris），此公有法学博士（J.D.）头衔。相比之下，斗胆自充律师的吉迪恩只是个初中生，没受过任何法律专业教育和律师训练，对刑事审判的程序和规矩一脑门子浆糊，对法官和检察官嘴里蹦出的一连串法律术语更是晕头转向，再加上过度紧张，吉迪恩在法庭上手足无措，拙口钝舌，词不达意，根本就不是哈里斯的对手。

更不利的是，陪审团完全站在控方一边，丝毫不同情小民吉迪恩。这实际上与吉迪恩本人缺乏法律知识有直接的关系。陪审团是英美法系中一个非常重要的审判制度，法院审理案件的一个关键性程序就是挑选陪审团。一般在审判之初，由法官和控辩双方律师

一起从当地居民的名单中随机挑选出 6 名或 12 名陪审员，由这些陪审员全程听完整个案件控辩双方的全部陈述和辩护，然后，陪审团举行闭门会议，对被告是否有罪进行表决。如果一致裁决有罪，即由法官依法量刑判决。如果一致裁决无罪，被告则可当庭释放。但是，陪审团的裁决必须是一致的决定，如果有一人意见相左，即成为流审（mistrial），案件必须重新开庭审理。正因如此，控辩双方律师对挑选陪审员都极为重视。哈里斯检察官费尽心机挑选出的陪审员不是一些其家庭成员或朋友为犯罪受害者，就是有亲属和朋友在执法部门工作，或是对贫困犯罪嫌犯有偏见的候选人，他们自然很容易支持控方的指控。依照佛罗里达州法律，在挑选陪审员的过程中，控辩双方对另一方提名的陪审员各有 20 次否决权，而且不需讲出任何理由。可是，吉迪恩压根儿就不知道自己居然拥有如此重要的权利，因此，他稀里糊涂地照单全收了检察官提出的陪审团名单，结果，官司尚未开始，吉

迪恩就先输了一半，处于绝对劣势地位。

哈里斯检察官向法庭提供的主要证人是一位名叫库克（Henry Cook）的游手好闲之徒。根据警方纪录，警察发现台球厅被盗后曾向当时正在附近“闲逛”的库克了解情况。库克报告说，案发当天早晨5点30分台球厅的窗户已被人砸破，他透过窗户看见吉迪恩在台球厅里；吉迪恩出来时手里拿着一瓶葡萄酒；随后，吉迪恩到附近的电话亭打了个电话，不一会儿一辆出租车开来接走了吉迪恩。库克在法庭作证时向陪审团重复了这一套证词。

面对这一对自己极为不利的证词，自扮律师角色的吉迪恩一上来就问：库克先生，你是否曾有犯罪前科？吉迪恩能向控方证人提出这个问题，说明他还不是个法盲。在美国的刑事审判程序中，法律允许律师出庭时采用揭露对方证人品行不端的办法来反证其证词靠不住，进而彻底否定对方证人出庭作证的资格。看来，麦克拉瑞法官低估了吉迪恩的法律水平。

听到问话，库克大吃一惊，他强作镇静，含含糊糊地回答说本人没有前科。吉迪恩也就没有刨根问底，继续追问。实际上，吉迪恩即使继续追问下去也是白搭，由于交不起保释金，吉迪恩被捕后一直被关押在拘留中心待审，无法利用交保后在狱外待审的机会打探控方证人的真实身份，也无钱聘请律师或私人侦探去调查对方证人的背景，他的问话只是虚张声势而已。

接下来，当轮到由吉迪恩对库克的证词进行交叉盘问时，由于缺乏逻辑性和盘问技巧，吉迪恩提出的问题颠三倒四，杂乱无章，没有一个问到点子上，结果失去了一次为自己洗清冤屈的良机。虽然吉迪恩也请来 8 位证人出庭作证，但在这些人中，有的文化太低，脑袋瓜迷糊，讲不出个子丑寅卯；有的罗哩罗嗦，结结巴巴，只澄清了一些无关紧要的小事，没有一个人的证词起到为吉迪恩洗脱罪名的作用。另外，吉迪恩有因盗窃罪入狱的前科，使他处于非常不利的地位。

最后，陪审团判决吉迪恩有罪，麦克拉瑞法官对

刺儿头吉迪恩判处量刑范围内最重的刑罚——5 年监禁。

四、时来运转 上诉恰逢其时因为没有律师，吉迪恩连州上诉法院的门在哪儿都不知道，出了法庭就进了大狱。但他是那种脾气像倔驴一样的汉子，无论如何也要给自己讨一个说法。在州监狱服刑期间，吉迪恩利用狱中的图书馆没日没夜地刻苦自学法律，特别是对与美国宪法修正案有关的法律和案例尤为用心。一番恶补之后，他终于对联邦与州法院之间的复杂关系以及上诉程序略有所知。

向州最高法院申诉无效之后，吉迪恩利用法律规定的穷人免费申诉特权，在狱中用铅笔给联邦最高法院大法官写了一份“赤贫人申诉书”（In Forma Pauperis，拉丁文，原意为“用乞丐的方式”。在这类申述中，当事人不必交纳 300 美元申述费，递交程序和文书规范也大大简化，申述书不必打印，只要

写在纸上能看清就行。可是，由于这类申述人的法律知识和文化水平普遍较低，虽然苦大仇深，但却经常辞不达意。据统计，以“赤贫人申诉书”形式申诉，被最高法院立案审理的机会只有 1%.相形之下，如果聘请律师以正常方式申述，被立案审理的机会大约为 10%）。在申诉书中，吉迪恩现炒现卖，用上了刚学会没几天的法律术语，为自己的案子鸣冤叫屈。吉迪恩声称，他因贫困而被州法院无理剥夺了请律师辩护的宪法权利，依照宪法第 14 修正案的规定，各州政府“不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产”。因此，州法院违反了正当程序原则，判决是不公正的。

别看吉迪恩文化不高，他的申诉书却写得条理分明、重点突出。在申诉书中，吉迪恩没有向大法官罗哩罗嗦地解释自己冤案的细节，而是紧紧抓住与州政府有关的宪法第 14 条修正案不放，使申诉书一下子具有了一种高屋建瓴的气势，显得特有份量，特上档

次。要知道，联邦最高法院每年收到成千上万的上诉，真正立案审理的只能是那些具有全局性指导意义的重大宪法案例，平均起来，当时最高法院每年开庭审理的案件只有 140 到 170 个左右。

实际上，申诉书水平的高低恐怕还是次要的，最关键的是，与生不逢时的贝茨不同，吉迪恩的上诉赶上了好年景，堪称恰逢其时，歪打正着。收到吉迪恩的上诉后，最高法院首席大法官沃伦(Earl Warren，1953—1969 任职）如获至宝，喜出望外。在 60 年代民权运动风起云涌的背景下，大法官们已注意到 1942 年贝茨案判决的严重弊端，意识到贫穷被告在美国司法审判程序中缺乏平等保护的严重问题，多年以来，最高法院一直在寻找适宜的机会修正这个歧视穷人的判例。可是，根据“不告不理”这一防止司法部门过份揽权的制衡原则，最高法院无权主动出击，无权采取任何主动行动修改现行的法律和判例。所以，沃伦法官只得叮嘱负责前期处理上诉案卷的法官助

理们，如果发现与穷人律师权有关的上诉案件，火速呈报，不得延误。这样，穷汉吉迪恩的大胆上诉十足地验证了一句老话：“赶得早，不如赶得巧！”

收到吉迪恩的申诉书后，最高法院很快决定立案审理，案子称为“吉迪恩诉温赖特”（倒霉的温赖特是佛罗里达州监狱的监狱长）。为了确保能够打赢这个意义重大的案子，沃伦大法官推荐福塔斯（Abe Fortas）出任吉迪恩的免费律师。此公曾任罗斯福总统内阁内政部副部长，是一位能言善辩的著名大律师。在吉迪恩案后不久，他被当时的约翰逊总统任命为联邦最高法院大法官（1965—1969 任职）。福塔斯虽然出生于中下阶层家庭，但却喜欢奢华，注重场面，派头十足，开庭之日，他驾驶一辆比较罕见的豪华型罗尔斯。罗依斯（Rolls Royce）轿车到场，引起了新闻媒体的特别注意。（由于“经济问题”和新闻媒体的特别关照，福塔斯出任大法官后栽了大跟头。此公原是日进斗金的大律师，任职最高法院后收入大减，

但豪华生活依旧，虽有“高薪”，但仍入不敷出。1968年夏季，他在美利坚大学法学院讲授宪法课，接受了1万5千美元的酬金，结果舆论界大哗。次年，新闻媒体指控他涉嫌从一家基金会得到2万美元咨询费。福塔斯本人坚决否认指控，但迫于舆论压力和遭到弹劾的危险，他于1969年黯然辞职。在美国最高法院200余年历史中，福塔斯是唯一因行为不检而被迫辞职的大法官。）

在1963年1月的法庭辩论中，福塔斯律师口若悬河，慷慨陈词。他认为，在美国的刑事审判程序中律师是公正审判的一个重要因素。由于法律极度复杂，连律师打官司都需要请律师或律师团出庭辩护，可见律师的重要性。相形之下，1942年贝茨案订下的规则对穷人极不公平，请不起律师的穷人与那些可以一掷千金买到最佳法律服务的富翁相比反差实在太大。这样，宪法规定的律师权条款实际上沦为只有富人才能享有的法律特权，这显然违反了宪法第14修正案

中关于对公民平等法律保护的条款。他进一步强调：宪法第 6 项修正案规定的律师权条款应当属于第 14 修正案中“正当法律程序”的一部份，州公民的律师权应纳入联邦政府的保护范围，而不应由各州政府自行决定。福塔斯特别指出：“历史已经明确证明，贝茨诉布拉迪案裁决是错误的。”道格拉斯大法官（William O.Douglas，1939—1975 任职）后来回忆说，在他 36 年的大法官生涯中，福塔斯在吉迪恩案中的滔滔雄辩是他听到的最佳法庭辩护。

代表佛罗里达州出庭应诉的律师不同意福塔斯的观点，他振振有词地指出：与联邦法院不同，州法院要受理包括交通违规案在内的各种大小案件。如果联邦最高法院硬性规定各州法院应向穷人免费提供律师，不仅意味着联邦政府违背分权和制衡原则，干涉传统上属于各州政府的权力，而且将会给各州纳税人造成巨大负担。另外，如果硬性规定各州应向贫穷被告提供律师，那照此推论下去，贫穷被告今后还会

要求免费提供精神心理医生或其它专家咨询，“最高法院如此行事，实际上是要求各州采用社会主义制度或一种罪犯福利制度”。

需要指出的是，早在 1942 年贝兹案时，全美已有 35 个州规定，即使是一般的刑事重罪法院也应向请不起律师的穷人提供律师服务，但南部一些经济比较落后的州却一直没有这样作，佛罗里达州就是其中之一。在吉迪恩一案审理过程中，一共有 22 个州敦促最高法院推翻贝兹案，只有包括佛罗里达在内的 3 个南方州明确表示坚决反对。

1963 年 3 月 18 日，最高法院 9 位大法官全体一致裁决：律师权属于公平审判的最基本内容，应当纳入宪法第 14 修正案中“正当法律程序”的保护之列。布莱克大法官(Hugo Black ,1937–1971 任职）在判决书中指出：“理智和思维要求我们认识到，在我们抗辩式的刑事审判体系中，任何一个被指控的人如果因贫穷请不起律师，就不会受到公正的审判，除

非法院给他指派一个律师。对我们来说，这是显而易见的真理。”布莱克法官的结论是：“在刑事法院，律师是必需而非奢侈。”（necessities，not luxuries）

1966 年，在著名的米兰达诉亚利桑那州案（Miranda v. Arizona，1966）中，最高法院再次重申各级法院应为穷人免费提供司法援助。美国警察在抓获嫌犯后必须高声宣读的“米兰达告诫”中的第四条——即如果犯罪被告人请不起律师，法院将免费为其指派一位律师的规定——就是源于 1963 年对吉迪恩案的判决。

这样，在福塔斯律师的帮助下，吉迪恩终于在最高法院为穷人打赢了一场争取律师权的战役。

可是，吉迪恩的麻烦并未了结，为了证明自己清白无辜，他还需要在州法院再打一场官司。联邦最高法院裁决下达后，佛罗里达州监狱里欢声雷动，州地方法院不得不重新开庭审理此案。按照新订的规矩，法院为吉迪恩免费提供了一位名叫弗莱德。特纳

（W.Fred Turner）的辩护律师。

在复审过程中，特纳律师向陪审团证明：首先，控方的主要证人库克在初审时向陪审团隐瞒了他本人的犯罪前科，这号撒谎成性的证人的证词根本靠不住；其次，由于广告牌的遮挡和距离较远等原因，库克透过窗户不可能清楚地辨认台球厅里的人。在特纳律师技巧地交叉盘问下，库克被迫当庭承认，他当时的确无法清楚地辨认台球厅内的案犯；再次，特纳律师找到了库克在证词中提到的那位出租车司机，这位司机出庭作证说，吉迪恩在案发清晨乘车时手上没有拿着一瓶葡萄酒，兜里也没鼓鼓囊囊地装满大量硬币。最后，特纳律师告诉陪审团，吉迪恩以前曾在这家台球厅干过半职工作，他至今仍持有大门的钥匙，所以不可能采用打破窗户的手段作案。

庭辩结束后，陪审团经研究后宣布对吉迪恩的所有指控均不成立，吉迪恩被当场释放。警方后来发现，这起盗窃案的真正案犯竟然是库克，他故意陷害吉迪

恩以求逃脱惩罚。

在这起冤案中，警方急于破案，邀功请赏，所以偏听偏信，误抓了吉迪恩。以伸张正义面目出现的州检察官单纯追求检方“胜诉率”，在证据并不充足的情况下，利用穷汉吉迪恩没有律师的不利处境，在挑选陪审员和培训出庭证人等方面占尽先机。吉迪恩虽然清白无辜，但却陷入了有苦难言，有口难辩的困境。

毫无疑问，如果没有对穷人的司法援助，贫困阶层作为社会中的弱势群体，其合法利益将无法得到良好保障。实际上，即使吉迪恩真的涉嫌犯罪，他仍然有权利受到公平的审判和公正的待遇。如果一个社会长期忽视保护贫困阶层犯罪嫌犯的合法权利，片面强调以恶制恶、以黑对黑、从重从快，则法庭和监狱有可能沦为贫困阶层诅咒社会黑暗不公、滋长反社会和暴力破坏行为的温床和教室。

五、和平渐进 维护穷人权利吉迪恩案结束后，

佛罗里达州和全美其它各州监狱中，共有数千名在押犯人因当年受审时没钱请律师辩护，后来都获得了重新开庭复审的机会。复审后，多数人的最终判决是无罪释放。吉迪恩一时成为深受小民百姓仰慕的英雄好汉。

吉迪恩这个无权无势、文化不高、一贫如洗的穷汉大胆上诉最高法院、挑战刑事审判程序的故事在全美各地引起了很大震撼。颇有商业眼光的出版商迅速推出由《时代》周刊常驻最高法院记者刘易斯（Anthony Lewis）撰写、详尽报导整个案情的记实性著作《吉迪恩的号角》（Gideon's Trumpet），出版后大获成功。好莱坞也不甘落后，凑热闹拍摄了一部根据此书改编的同名故事片，由著名影星亨利。方达（Henry Fonda）出演吉迪恩一角，使吉迪恩其人其事名声大噪。

1972 年吉迪恩病逝后，美国公众自由联盟出资捐赠了一块大理石墓碑，为这位在美国宪政史上留下

独特痕迹的小人物树碑立传。碑文摘自吉迪恩在“赤贫人申诉书”中用铅笔写下的一句话：“我相信，每一个时代都会发现法律的改善”(I believe that each era finds a improvement in law)。这句话虽然看上去平平谈谈，而且有明显的语法错误(以元音打头的英语单词 improvement 之前，不定冠词应当用an.吉迪恩虽然敢于挑战司法程序，但他的英文水平实在不咋地。如果没有律师帮助，他打赢官司的可能性恐怕是微乎其微)，但却体现了一个朴素而深刻的宪政原理：法律的改善具有渐进性和时代性。法律只有与时俱进，不断改善，才能在不同的时代和历史条件下、在不同的社会阶层和利益集团之间维持一种微妙的平衡，缓和社会矛盾，促进社会公正。

吉迪恩案提醒人们，即使在号称民主典范的美国，宪法中所规定的公民神圣权利也不是自动兑现的。宪政法治的实现并非是把冠冕堂皇的高尚字眼儿和高级法原则载入宪法，然后照章行事，便可一劳永逸、

万事大吉。回顾美国法律保护贫穷被告律师权的历史进程，从 1791 年的宪法第 6 项修正案，到 1932 年鲍威尔案、1938 年约翰逊案、1942 年贝茨案，最后是 1963 年吉迪恩案，经历了一个长达 170 多年的宪政历程。在这期间，没有穷人革命、枪林弹雨、改朝换代、血流成河的景象，也很少听到经邦济世、解民倒悬、自由人权、道德正义之类的清谈。在宪政法治的有序运作之下，联邦最高法院启动司法审查权，根据时代变化和社会发展不断地对宪法条款予以全新解释，以和平渐进的方式调整阶级矛盾和利益冲突，逐渐地扩大了对贫穷被告宪法权利的保护范围。美国的宪政历程，实际上就是美国宪法循序渐进、调整改善、适应现实、不断更新的历史过程。正因如此，美国宪法才具有长久的生命力，真正成为一部“活着的宪法”（the living constitution）。

一部人类社会的历史，从某种意义上说就是一部少数有权有势的富人压迫多数穷人的历史。当剥削和

压迫超过了一定的限度时，人民不得不揭竿而起，其中受害最深、走投无路的贫困阶层则成为一种破坏性极大的力量，沦为少数野心家改朝换代的工具。而美国的立国和发展得天独厚：移民在新大陆另起炉灶，由于土地辽阔，机会众多，边疆开发分散社会压力，而且没有封建结构束缚，使经济发展、科技进步和民主政治三位一体，相互促进。随着社会改革运动的兴起以及制度的逐步改良和创新，社会中的恶性贫富悬殊现象得到了一定控制，逐渐形成了一种“两头小、中间大”的枣核形的中产阶级社会，阶级矛盾有所缓和。

应当指出的是，中产阶级虽然是社会稳定的中坚力量和宪政法治的维护者，但却具有小市民阶层目光短浅和资产阶级唯利是图的双重性。在相当程度上受中产阶级选民选票影响的各级立法部门中的政客们，在通常情况下不太可能制定和通过维护贫困阶层和弱势群体利益的法案。可是，由于美国宪政体制中独

特的司法审查制度，非民选的联邦最高法院却可以深谋远虑、特立独行，从国家和社会的根本利益和长治久安考虑，以司法判决的形式维护民主社会中那些根本没有发言机会的弱势群体的利益。

1972 年，美国最高法院在阿杰辛格诉汉姆林（Argersinger v.Hamlin，1972）案中裁定：州法院应免费为被控仅犯刑事轻罪（最高惩罚为一年以下监禁）的贫穷被告免费提供律师，但普通民事案件和轻微的交通违规案件不算在内。可是，如果一项民事案件具有重要意义，当事人雇不起律师，一般会有一些民权团体或利益集团主动找上门来免费帮助当事人打官司。比如，美国公众自由联盟（ACLU）经常免费提供大牌律师，帮助小民百姓起诉那些因公民宪法权利受到侵犯的民事案件；著名的全美有色人种协进会（NAACP），则以免费代理少数族裔当事人把具有重大意义的民权诉讼案向联邦最高法院上诉而著称。这样，自 1972 年以后，甭管事大事小，全美各

地的穷人一旦因刑事罪被告上法庭，各级法院必须免费为穷人提供公共辩护律师。为此，全美大多数大城市和一部份州都设立了由政府出资、专门为贫穷被告服务的公共辩护律师办公室，没有这类机构的地区则由法官请私人律师代劳，案后由法院支付律师费用。

但是，天下没有真正免费的馅儿饼，也没有真正完美无缺的法律和法规。在美国社会中，由于贫困阶层犯罪率较高（贫困阶层约占全美人口总数 15%左右，但却占罪犯总数 60%左右），致使司法成本急剧增加。实际上，这笔维护司法公正、保护社会中弱势群体合法权利的费用最终被转嫁到中产阶级纳税人身上。

美国联邦和州各级法院日常运作的经费主要来自纳税人交纳的税金，然而，由于中产阶级纳税人不堪重负，叫苦连天，所以，联邦和州各级法院付给公共辩护律师的酬金通常大大低于那些非公共辩护律师办案的收费。比如，为 O.J.辛普森被控杀人案作辩

护的律师和刑事鉴定专家每小时收费高达 500 美元；再如，1994 年在美国阿拉巴马州，私人执业律师的最低收费为每小时 125 美元。可是，根据阿拉巴马州法院 1994 年的规定，公共辩护律师在庭外研究案情时每小时的酬金仅为 20 美元，出庭辩护时的酬金仅为每小时 40 美元。另外，一位公共辩护律师承办一个案子所得报酬的总金额不得超过 1000 美元。这样一来，由于公共辩护律师这一行报酬过低，所以除了一些替天行道、仗义疏财的大牌律师时常不计金钱为穷人出庭打抱不平之外，出任这种免费公共辩护工作的律师大多数都是一些初出茅庐的新手或是一些七老八十快退休的主儿，他们处理一些比较简单的案子还马马虎虎，一旦碰上错综复杂的大案则难免犯傻漏怯，使这种法律服务的质量大打折扣。

如今在美国，保障穷人律师权的问题，实际上已逐步演变为如何保证贫穷被告人获得称职的公共辩护律师的全新难题。一个设计合理的法律制度和社会

制度，应当能够在不同的社会阶层和利益集团之间保持一种合理和动态的平衡。可是，由于市场经济和价值规律的无情法则，在美国司法制度中公共辩护律师平均水平较低的现象恐怕很难避免。要是美国的穷人一上法庭，人人都能免费享受一回 O.J.辛普森案中“梦幻律师队”那种高水准的“司法援助”，那才真叫天上掉馅儿饼了呢。

第十九章

对新闻自由的挑战：诽谤还是舆论监督
——《纽约时报》公司诉萨利文案（1964）

在美国社会中，新闻媒体被称为“无冕之王”。由于有美国宪法第1条修正案的保驾护航，它不仅不是政府的喉舌，反而是监督政府的重要力量。可是，由于种种主客观因素的局限，新闻媒体对政府的舆论监督不可能做到百分之百准确无误。这样，新闻报道一旦有误，常常会引发涉及巨额罚款的诽谤大案，让新闻媒体吃不了兜着走。1964年的《纽约时报》公司诉萨利文（New York Times Co.v.Sullivan）一案，就是因政府官员控告《纽约时报》（New York Times）犯有诽谤罪而引发的一个重大诉讼案。

一、一份政治广告引发一个诽谤官司中国社会的传统是升官发财，美国社会的传统则是发财当官。1961 年，福特汽车公司总裁麦克纳马拉出任当时年薪为 2 万 5 千美元的国防部长一职 ,而此公当时在福特公司的年收入——薪水加上股票——共高达 100 多万美元。30 年后，美国最大的海洋石油工程公司哈里伯顿公司总裁切尼也放弃 128 万美元的年薪和 60 万美元的其他补贴（并卖掉自己在该公司持有的、且正在上涨的 4550 万美元的股份），出任年收入仅为 18 万美元的副总统。

不过，虽然当官期间根本发不了财，但淡出政界后往往可以捞上一大笔。从老布什（George Bush）政府中卸任后，切尼之所以可以成为大石油公司的老总 ,不过是因为那些董事们看中了切尼的“海湾价值”：作为国防部长，切尼在海湾战争期间与阿位伯产油国的王公贵族结下了“鲜血凝成的友谊”，而这家公司恰恰是海湾地区最大的石油工程承包商。克林顿

（Clinton）当总统时年薪也就 20 万美元，但下台之后，凭着退休总统的头衔，他现在也可以大把大把地捞钱，其商业性公开演讲的开价是海外 20 万美元一次，国内至少 12 万美元一次，两次演讲的收入就超过了当总统时的年薪，卸任 14 个月，仅演讲一项至少已经挣了 1000 万到 1500 万美元，可谓“金口玉言”。（这个说法来自于 2002 年 4 月 8 日的《新闻周刊》[newsweek] 中的文章 “citizen Clinton up close”。 ）现在，克林顿再也不需要靠朋友的资助来打风流官司了。

但是，总的来说，美国人出任政府高级公职不仅仅是为了发财，主要是为了施展个人的政治抱负，或是为了扬名天下。

但扬名天下绝非易事。一来美国新闻媒体全是私营的，没有哪家报纸或电视台会天天在头条新闻中使劲儿地夸奖、吹嘘政府官员的政绩，二来那些新闻记者和选民极难伺候，他们一天到晚变着法儿地找当官

儿的麻烦，各种批评、指责甚至人身攻击和诽谤常常把政府官员气得死去活来。可是，在大多数情况下，即使一不留神给气晕过去了，政府官员也只能忍气吞声，无法像平头百姓那样以诽谤罪起诉批评者并索取金钱赔偿。从这点上看，政府官员整个儿就是一倒霉蛋，享受的政治待遇还不如平头百姓。

甚至连与美国无关的外国领导人，美国的媒体也不放过。1983 年 2 月《时代》（Time）周刊发文，指责以色列前国防部长、现任总理沙龙（Sharon）纵容黎巴嫩基督教民兵滥杀无辜，制造了 1982 年屠杀数百名巴勒斯坦平民的惨案。沙龙实在气不过，告到美国法院，但法庭却称《时代》周刊的文章的确不实，但它并没有恶意，故沙龙声称的诽谤罪并不成立。

沙龙之所以败北，是因为他遇到了一个难以逾越的障碍，这就是美国最高法院 1964 年在《纽约时报》公司诉萨利文案（New York Times Co.v.Sullivan）案中订下的规矩。

这个故事还要从 1950-60 年代的美国民权运动说起。1954 年，美国联邦最高法院作出了著名的布朗案判决，宣布南方公立学校中的种族隔离制度违反美国宪法的平等保护原则。此后，美国南方的黑人民权运动风起云涌，热火朝天。为了扩大影响，争取社会支持，1960 年 3 月 29 日，黑人民权领袖马丁。路德。金（Martin Luther King， J.）等 4 名牧师联络 64 位著名民权人士购买了《纽约时报》的一个整版篇幅，刊登了题为《请倾听他们的呐喊》（heed their rising voices）的政治宣传广告，为民权运动募捐基金。这幅广告猛烈地抨击了美国南方各级政府镇压民权示威的行径，其中特别谴责阿拉巴马州蒙哥马利市警方以“恐怖浪潮”对待非暴力示威群众的行为。广告还称，这些“南方的违宪者”正在一意孤行，镇压和消灭黑人民权运动及其领袖马丁。路德。金。

可是，后来发现广告中有个别细节不够真实。比如，广告中说有几位黑人学生因领导和平示威而被警

察驱出大学校园，实际上这几位学生是因在一家仅供白人就餐的餐厅前静坐抗议，使餐厅无法正常营业，违反了当时阿拉巴马州的种族隔离法和社会治安法而被驱，警察的行为基本上属于依法行事。又比如，广告称阿拉巴马州立学院的“全体学生”都抗议警察的这一行动，实际上只是大部份学生。还有，马丁。路德。金被捕过 4 次，但广告上却说有 7 次。而且，有 4 名黑人牧师的名字是在本人不知情的情况下被列入到广告的署名中的。另外，警方对广告中“南方的违宪者”的提法特别恼火，因为联邦最高法院在 1954 年的布朗案中只是判决公立学校中的种族隔离制度违宪，并未涉及其他领域中的种族隔离制度。

萨利文（L. B. Sullivan）是蒙哥马利市的民选市政专员（elected commissioner），负责当地的警察局，虽然政治广告并无一处提及他的尊姓大名，但他却打上门来对号入座，先是写信给《纽约时报》抗议，继之干脆上法庭，控告阿伯内斯（Ralph D.

Abernathy）等 4 名在广告中署名的黑人牧师（国内很多材料上都说起诉的是金牧师等 4 人，不确，至少萨利文控告的 4 人中没有金的名字）和《纽约时报》严重损害了他作为警方首脑的名誉，犯有诽谤罪，要求 50 万美元的名誉赔偿费。在他的带头下，其他一些被批评的官员也纷纷效法，控告北方自由派的新闻媒体，要求巨额赔偿。一时间，《纽约时报》总计被要求索赔达 5 百万美元之巨。（当时阿拉巴马州长约翰。佩特森[John Patterson]也步萨利文后尘对《纽约时报》提出抗议，《纽约时报》不得不在 1960 年 5 月 16 日以“时报撤回广告中的声明”为题刊登对佩特森州长的道歉。这个“声明”是指在政治广告的右上方以时报编辑名义发表的一段导言：“由黑人掀起的不断增长的群众和平示威运动是南方的新事务，可以理解的事务，……让国会倾听他们的呼声，因为它们将被听到。”并表示：“刊登一份广告并不构成本报报道的事实新闻，也不反映本报编辑部的意见或判

断。”　)

根据美国法律,只有原告和被告双方完全属于不同的州才可以由联邦法院审理。现在,除了《纽约时报》作为附带被告外,原告萨利文和四名被告都是本州人,所以此案遂由充满偏见的当地法庭审理。而根据阿拉巴马的法律,只要证明出版物的文字是“诽谤”,即使原告没有提供任何证据证明自己金钱上的损失,原告也可以提出民事赔偿要求。据此,蒙哥马利市地方法院陪审团(由清一色的白人组成)判决被告《纽约时报》应付原告 50 万美元名誉损失费。

《纽约时报》不仅不服,而且作为自由派的大本营非常愿意奉陪到底,把官司闹大,否则,以后类似的因报道有误而产生的官司还会接踵而来。

历时两年,这场官司才打到阿拉巴马最高法院。《纽约时报》的立场是,对报纸的诽谤罪裁定违反了宪法第 1 条修正案。1962 年 8 月,州最高法院维持原判,并给诽谤罪下了一个很宽的定义:“任何刊出

的文字只要有损被诽谤者的声誉、职业、贸易或生意，或是指责其犯有可被起诉的罪行，或是使其受到公众的蔑视，这些文字便构成了诽谤……”。

《纽约时报》还是不服，聘请哥伦比亚大学著名宪法权威维克斯勒教授（Herbert Wechsler）和前司法部长布鲁内尔（Herbert Brownell）为律师，把官司一直打到了联邦最高法院。联邦最高法院认为这一官司事关重大，涉及到对公职人员的舆论监督，更涉及到美国宪法第 1 修正案中言论自由和新闻自由这样的基本公众自由问题，遂接下了这一案子。

二、当官挨骂实属正常 舆论监督不受限制 1964 年 3 月，最高法院以 9 票对 0 票一致否决了地方法院的判决。

本来，如此重要的判决肯定会由首席大法官沃伦亲自起草，但他当时被约翰逊总统任命为调查肯尼迪总统遇刺（1963 年 11 月 22 日）事件委员会的主任，

忙得不可开交，分身乏术，只好把撰写判决书的任务交给他最信任的同事威廉。布伦南（William J. Brennan， Jr.）。

这里应该提几句这位以倡导公众自由、保护个人权利而闻名于世的大法官布伦南。

布伦南来自纽约旁边的新泽西，成长在一个有 8 个孩子的天主教家庭。其父是来自爱尔兰的移民，原来是酿酒厂卖苦力的司炉工，后来积极投身到工会运动中。布伦南 10 岁时目睹了父亲因为工会工作而被警察打得头破血流，这情景让他终身难忘。而他印象更深的是，父亲就此事不懈努力，告倒当地政府，讨回了公道。后来，老布伦南再接再厉，成功地当选为当地负责警察事务的市政官员。（与一些大城市实行市长负责制不同，美国一些中小城市实行市政委员会的集体管理制，各位市政委员[commissioner]负责各自的领域。）父亲的经历让他认识到法治的重要性和可能性，而父亲的嘱咐更使他终身难忘："无论一

个人的地位多么卑贱，他都应该和富人一样获得《权利法案》每一条款的同样保护。”

由于人口多，家庭负担重，布伦南从小就干送报纸、挤牛奶、灌汽油等杂活，因此对社会底层有较深的了解。由于学习成绩突出，他得以到哈佛大学法学院念书，并且是哈佛学生法律援助社的成员。但就在法学院的最后一年（1931 年），父亲去世，经济来源断绝，布伦南一度考虑退学工作，但在法学院的帮助下他最终完成了学业。

像很多法学院毕业生一样，布伦南先是做律师，后来做法官，1952 年成为新泽西最高法院的法官。1956 年，艾森豪威尔总统出人意料地任命他为联邦最高法院大法官。原来，艾森豪威尔连着任命了两位共和党人作大法官，又有了第三次任命的机会，这次他觉得应该任命一个民主党人，特别是天主教徒，以示超越党派政治。结果，一向被认为是温和派的布伦南正好符合条件。

布伦南在最高法院一干就是 34 年，成为首席大法官沃伦最信任的左膀右臂、最高法院倡导民权的一面旗帜，以致有学者认为他是“沃伦法院司法实践的一位总设计师”（a principal architect of the Warren court's jurisprudence）。（在共事的 13 年中，沃伦和布伦南每星期四下午都定期会面，配合非常默契，因为沃伦是加利福尼亚州长出身的政客，他需要布伦南的帮助来弥补自己所缺少的法律专长。）

一个莫大的讽刺是，艾森豪威尔这位最主张“无为而治”的保守派总统，先后任命的沃伦和布伦南两位大法官却成为最积极的司法能动主义者！

在 3 月 9 日宣读的判决书中，布伦南首先指出了问题的重要性：如果阿拉巴马州的做法“适用于公职人员起诉那些评判其执行公务行为的批评者的话，那么，由第 1 和第 14 条修正案保护的言论自由和新闻自由是否会因此受到损害”？回答是肯定的。因为在大法官们看来，美国宪政史上没有任何判决“赞成以

诽谤罪压制对公职人员执行公务行为的批评”。他们裁定，让新闻媒体保证每一条新闻报道都真实无错是一件不可能的事，“美国上下普遍认同的一项原则是，对于公众事务的辩论应当是毫无拘束、富有活力和广泛公开的，它可以是针对政府和公职官员的一些言词激烈、语调尖刻有时甚至令人极不愉快的尖锐抨击。”

判决还进一步引用以前的有关判例，指出“本案涉及的政治广告，就是对当今一个重大的公共问题表示不满和抗议，它显然有权得到保护”。即使它的个别细节失实，有损当事官员名誉，也不能成为压制新闻和言论自由的理由，仍然应该得到宪法第 1 修正案的保护，只有这样，“言论自由才有存在所需的呼吸的空间（breathing space）”。

虽然最高法院的 9 位大法官高高在上，但在 50-60 年代，他们对平头百姓的宪法权利却极为敏感，能够设身处地地了解他们批评政府官员时的难处。很显然，民众无权无势，在揭发批评政府官员滥用权力

时怎么可能百分之百的准确呢？“如果以法规强迫官方行为的批评者保证其所述全部情况属实，否则动辄即判有诽谤罪，处以不限量的赔偿，则可能导致‘新闻自我检查’（self-censorship）。如果要求由被告负责举证，证明其所述情况属实，被禁锢的则将不仅仅是不实之词，……更令官员行为的潜在批评者噤若寒蝉。即便他们相信自己的批判并无不实之词，也会因为他们无法确定自己在法庭上能否证明所述情况属实，或是担心付不起诉讼费用，而在发表言论时多半会‘远离非法禁区’。这种法规阻碍公共辩论的力度，限制公共辩论的广度。”

值得注意的是，最高法院不仅否决了地方法院的判决，而且针对公职官员提出的诽谤案，第一次申明了一条非常重要的原则，即当政府公职官员（public officials）因处理公众事务遭受批评和指责使个人的名誉可能受到损害时，不能动辄以诽谤罪起诉和要求金钱赔偿，除非公职官员能拿出证据，证明这种指责

是出于“真正的恶意”（actual malice）。什么是“真正的恶意”呢？最高法院解释说，那就是“明知其言虚假，或满不在乎它是否虚假”。最高法院的态度很明确，如果公职官员一挨骂就以诽谤罪起诉并要求巨额赔偿，那做官招骂、上告索赔岂不成了政府头头脑脑们先富起来的捷径？如果新闻媒体对政府的批评稍有失实，立马就招来巨额索赔，那还谈得上什么言论自由和新闻独立，干脆每天给政府歌功颂德算了。

根据最高法院对《纽约时报》公司诉萨利文案的判例，政府官员不但要在法庭上证明新闻媒体的报道失实，而且还要同时证明新闻媒体怀有“真正的恶意”，以及它的确对自己造成了具体的伤害，才能谈得上诽谤罪。这实际上使政府官员几乎无法打赢这种诽谤官司。比如说，萨利文呈庭的事实和证据，并不能证明《纽约时报》刊登那份广告是“明知其言虚假，或满不在乎它是否虚假”。那幅广告由包括罗斯福总统夫人在内的 64 位名人联名签署，如果他们预先知道某

些内容不实，显然是不会轻易签名的。因此，他们的行为不属于故意诽谤。从《纽约时报》这方面来说，既然宪法保护新闻自由，那么《纽约时报》当然有权利决定刊登什么样的文章和广告。基于对 64 位社会贤达的信任，《纽约时报》对这个政治宣传广告的细节未作精确的核对，但这并不能证明时报公司对萨利文有“真正的恶意”，故意刊登内容虚假的广告来诽谤和诬陷公职官员。

虽然最高法院 9 位大法官一致同意判《纽约时报》胜诉，但理由却不尽相同。布莱克（Hugo Black）大法官特别提出了他的补充意见，因为他是宪法第 1 修正案最坚定的支持者，主张尽可能宽泛地解释第 1 修正案所保证的各项公众自由，倡导并实践了“第一修正案绝对论”(first amendment absolutism.针对一些大法官和学者所强调的必须在第一修正案所保证的公众自由和社会权利之间保持一定平衡的看法，这一理论认为，第一修正案的文本并不允许在个人和

社会权利之间保持平衡，它所列举的各项权利是绝对的，不允许任何可能损害这些权利行使的政府行为）。他的意见得到了道格拉斯（William O. Douglas）和戈德堡（Arthur J. Goldberg）两位大法官的赞同。在补充意见中，布莱克再次表达了他对言论自由的坚定信念。他指出即使按最高法院的定义，“恶意是一个难以确定、抽象的概念，证明其有难，证明其无也难”。他认为有必要对新闻界进行绝对的保护，诽谤罪成立的前提是言论者有“恶意”，但这一要求对言论自由所提供的保护太弱，“因此，我投票推翻原判的惟一理由是几位被告有绝对和无条件的宪法权利在《纽约时报》的广告中批评蒙哥马利市各级政府机构及其官员”。“我认为，一项随心所欲言说公共事务的无条件权利，是第一项修正案的最低保证。”言下之意，即便批评者有“恶意”，其言论自由也应当得到保护。

但即使有这种不同意见，布莱克仍高度赞扬布伦

南的工作。他在庭辩期间给布伦南写了一个如下的便条："你当然知道，尽管我的立场和我写的意见（与你不同），但是，我认为你在时报案上的工作实在出色。这一刻终于来到了，它注定是通向保护思想交流权利的一大步。"

就在判决公布后几个小时，《纽约时报》发表声明，称"法庭的意见使得新闻自由比以前任何时候都更有保证"。

针对当时全美各州日益增多的政府官员控告报纸和电视台犯有诽谤罪的案子，最高法院所申明的"真正的恶意"原则，不仅从宪法的高度为新闻媒体批评政府和公职官员的权利和自由提供了近一步的法律保障，而且对美国南方黑人民权运动的发展起到了很大的促进作用。

从宪政史的角度看，《纽约时报》公司诉萨利文案是美国最高法院的一个里程碑式的判决。早在1923 年，《芝加哥论坛报》这家美国中西部最有影响

的报纸，曾因报道芝加哥（Chicago）市政府破产的一篇新闻内容失实而被当地政府告上法庭。伊利诺伊州(Illinois)法院坚持新闻和言论自由原则，判决《芝加哥论坛报》无罪。判决书中说："宁可让一个人或报纸在报道偶而失实时不受惩罚，也不得使全体公民因担心受惩罚而不敢批评一个无能和腐败的政府。"但是，这个判例的影响范围仅局限于伊利诺伊州，而当时美国大多数州的诽谤法不仅保护私人名誉，同时也保护公共官员的个人名誉，通常，如果起诉一方能证明新闻报道失实，诽谤罪即可成立。现在，最高法院的这一判决，以美国宪法第 1 条修正案对新闻和言论自由的保障为由，几乎使这些诽谤法中对执行公务而招致批评官员的保护难以执行。同样重要的是，这一判决使第 1 条修正案的涵盖范围发生了革命性的变革，将原属于侵权法范畴的诽谤责任也纳入到它的保护范围。这不能不归功于《纽约时报》律师维克斯勒教授的远见卓识。在上诉过程中他放弃了处理这类

案件的传统作法，跳出侵权法的范畴，不再纠缠于诽谤是“受保护的”还是“不受保护”的言论，转而牢牢抓住宪法第 1 条修正案保护言论自由这一点，强调诽谤罪成立的巨大危险，即它可能会妨碍美国人最为珍视的言论自由的表达权。由于突出了限制言论自由的可怕后果，他促使最高法院对言论自由保护条款限制采取了更敏感、更少程式化的理解和解释，这一全新的解释方式成为宪法第 1 条修正案司法管辖的里程碑。因为最高法院不仅仅是重申了第一修正案的重要性，更重要的是，它实际上是把传统上由各州用普通法管辖的诽谤罪也纳入到宪法的保护范围，“真正的恶意”几乎成为以后衡量所有类似诽谤案的一个标准。

《纽约时报》案确立的这一原则起初只适用于担任公职的政府官员，但最高法院以后又通过其他几个判决(不过，最高法院此时不再全体一致，分歧很大)，将“真正的恶意”原则的适用范围从执行公务的政府

官员，扩大到为公众所知的人物，即公众人物（public figure）。

在1967年的Curtis publishing C. v. Butts案中，最高法院驳斥了《纽约时报》案只适用于“煽动性诽谤”（seditious libel）的说法，再次强调《纽约时报》案所确立的原则是基于全国上下普遍认同的一项看法，即对公众事务的辩论应该是“毫无拘束、富有活力和广泛公开的”（uninhibited，robust，and wide open debate）。因此，它的结论是，凡就公众事务而涉及公众人物的诽谤性言辞同样适用于“真实恶意”规则，这大大扩展了新闻自由的保护范围。

在1971年的另外一个诽谤案Rosenbloom v. Metromedia，Inc.中，最高法院虽然认可了下级法院的裁定，但却没有一个多数意见，形成了“各说各的”多元意见。布伦南大法官提出，只要诽谤陈述涉及到“公众或普遍注意的问题”（mater of public or general interest），任何个人都可以受到时报案原则

的保护。如此一来，不仅娱乐界的大腕、体育界的明星，而且工商界的大亨、学术界的精英甚至是某一社区的头头脑脑都可以囊括在内。这些人在抛头露面、出尽风头的同时，却不能不牺牲自己的一些权利，被新闻界曝光若干见不得人的隐私。看来，作名人的确也有作名人的难处。

三、最高法院新解释出台 普通人物骂不得《纽约时报》案原则及其随后的推广完全解除了新闻界被控诽谤之忧，一些缺少自律的新闻媒体开始滥用这一宪法所赋予的特权，出于狭隘的利益考虑，对它们讨厌的各种人物不遗余力地谩骂攻击，严重损害被戴上“公众人物”帽子的普通人物。而一些下级法院对公众人物的宽泛解释，让一些实际上的平头百姓受到诽谤后告状无门，真可谓叫天天不应、喊地地不灵。于是，最高法院不得不注意这一问题，重新考虑“真正的恶意”原则的适用范围和具体标准。

在 1974 年的盖茨诉罗伯特。威尔奇出版社（Gertz v. Robert Welch， Inc.）案中，最高法院终于有了机会对自己的立场进行微调。

这起案子发生在 1969 年。当时，一名芝加哥警察滥杀无辜，被法院判处谋杀罪。同时，受害人家属所请的律师盖茨（Elmer Gertz）还向该警察提出损害赔偿的民事诉讼。由罗伯特。威尔奇出版社出版的美国极右组织约翰。布里奇社团(John Birch society，美国一家极右的反共政治组织，为纪念约翰。布里奇而成立。布里奇是第二次世界大战中美国战略情报局[中央情报局的前身之一]的特工，1945 年秋在日本投降后不久闯入中共苏北解放区，因与当地部队发生口角而被误杀。美国国内反共反华势力借机大作文章，成立了这个极右组织。该组织在 60 年代因不满沃伦法院的一系列开明判决，曾经在全国范围内发起过一场“弹劾沃伦”的运动)的月刊《美国舆论》(American opinion）杂志对此恨之入骨，在没有任何证据的情

况下发表文章攻击盖茨，指责他是一名“列宁主义分子”，一个“共产党的头面人物”，在刑事审判中有意陷害被控的警察，其目的是为了摧毁当地的司法机关。这篇文章严重损害了盖茨的名誉，致使其律师业务大受影响。为此，盖茨提起诽谤诉讼，要求罗伯特。威尔奇出版社赔偿 50 万美元。但联邦地方和上诉两级法院都以盖茨无法证明被告“真正的恶意”为由，根据《纽约时报》案的先例判其败诉。

几经周折，1974 年案子终于上诉到最高法院。9 位大法官以 5 比 4 的投票结果推翻了上诉法院的裁决，判盖茨胜诉。这一判决对《纽约时报》案的原则作了重大限制，裁定它不适用非官员和非公众人物寻求赔偿的诽谤案，即使被指控为诽谤的陈述涉及到“公共关注”的事情。

由鲍威尔（Lewis Powell， Jr.）大法官宣读的最高法院多数意见认为，盖茨案涉及的问题的确是公众关注（public concern）的问题，但是，这不足以

构成被告就理所当然地获得宪法的保护。《纽约时报》案的原则及后来的延伸是正确的，但“在仅涉及出版和广播媒体利益时，它们并不能成为免除责任的理由。而且，我们相信《纽约时报》案原则表明，即使在公众人物提出的诽谤案中，也存在一个（第 1 修正案）保护与各州有限权益之间的协调问题。”虽然最高法院死不认错，但它实际上是修正了布伦南在 1971 年案子中的极端立场。实际上这里的理由很容易理解，试想一旦诽谤罪成立，新闻媒体就将付出赔偿，在这样的情况下，媒体最佳的选择便是“假公济私”，从保护自己私利出发，打着为公的旗号要求宪法的保护，免除普通法中的诽谤罪之责。

法庭还认定盖茨算不上是公众人物，虽然他是一位出色的律师，在民权领域和法学界颇有声望，但并没有到达众所周知的地步，“我们不能轻易就认定，一位公民参加社区和专业领域的事务就可以随便说他公众人物”。法院进一步解释说，和公众人物不同，

私人不愿主动在媒体上曝光，也没有什么渠道接触媒体，因此很难有效地反驳诽谤，更容易受到诽谤言论的伤害，因此，他们比官员和公众人物更有权利需要补偿。只要出示出版商和广播公司偶然散布的诽谤材料，而不一定要满足“真正的恶意”的标准，他们就可以根据各州的普通法要求法院来为自己恢复名誉，并对其实际遭受的伤害给予补偿。法院表示，这类案件基本是各州普通法的管辖问题，“在执行对私人名誉伤害的赔偿方面”，各州拥有“令人信服和合法的权益”。

但是，为了保证各州的这一权益和《纽约时报》案原则的平衡，最高法院也裁定，对伤害人的赔偿“不能超过实际的伤害”。如果私人原告还要求法院对诽谤者处以罚款（punitive damages），则必须提出“真正的恶意”的证据。（在普通法的民事侵权案子中，胜诉的一方除获得相应的赔偿[compensatory damages]外，为了解恨或公众目的，还可以要求法

院对对方处以罚款，以惩罚对方的错误言行。因为罚款可能比赔偿要大得多，因此可能会对潜在的侵权者构成一定的威慑，它可以看作是“警示性罚款”[exemplary damages].这就是为什么最高法院对罚款的要求规定了比赔偿更严格的标准。)

不过，盖茨案有个明显的弱点，就是它没有说明为什么让宪法来代替普通法中的诽谤原则适用到所有涉及私人原告的案子。

四、名誉官司依然存在 新闻界特权牢不可破美国最高法院对《纽约时报》案的判决是否有失均衡和明智，美国学术界的相关评论褒贬不一、见仁见智。但对美国新闻界而言，《纽约时报》案是一项具有划时代意义的重要判决，它实际上是为新闻媒体批评政府官员的各类新闻报道大开绿灯，为新闻媒体“敢把总统拉下马”式的新闻调查和报道自由提供了前所未有的法律保障。越战期间，哥伦比亚广播公司(CBS)

电视新闻主播克朗克特（Walter Cronkite）对约翰逊总统越战政策的无情抨击和谴责，是美国国内反战运动日益高涨和约翰逊总统被迫放弃竞选连任机会的一个重要原因。约翰逊总统悲哀地承认，即使参加竞选他也不会有任何机会取胜，因为“如果我失去了克朗克特，我就失去了半个美国”（f I lost Cronkite，I've lost middle America）。1972年至1974年《华盛顿邮报》（Washington post）记者伯恩斯坦（Carl Bernstein）和伍德沃德（Bob Woodward）对水门丑闻的调查和揭露在美国国内引起轩然大波，最终导致尼克松总统的辞职。

越战失败和水门丑闻构成了当代美国社会的两大创伤。痛定思痛，一些政界要人纷纷把谴责的矛头指向新闻界，对越战和水门事件时期的“新闻失控”痛心疾首。尼克松曾经声称，我们最糟糕的敌人看来是新闻界。前侵越美军司令威斯特摩兰将军（William C. Westmoreland）引用拿破仑的名言说：“三份不

友善的报纸比一千把刺刀更为可怕。”

多年之后，为了教训一下过份“自由化”的新闻界，已退休的威斯特摩兰将军为了一桩诽谤官司，不惜与哥伦比亚广播公司对簿公党。

这桩诽谤官司的起因，是哥伦比亚广播公司在1982年1月播出的一部电视文献纪录片。这部题为《无数的敌人》的文献片透露，当年威斯特摩兰将军别有用心地向总统和五角大楼提供了虚假情报，夸大了北越军队的作战实力，致使美国在越战泥潭中愈陷愈深。威斯特摩兰将军大怒，以故意诽谤军方高级将领和美军部队名誉为由将哥伦比亚广播公司告上法庭，索赔高达1亿2千万美元。虽然四年后威斯特摩兰将军自行撤回了起诉，但哥伦比亚广播公司已破费了总数高达 200 万美元律师费。此案给美国新闻媒体的深刻教训是，新闻报道一旦涉及政府官员的名誉，还是悠着点儿为好，诽谤诉讼案不论胜败如何，其结果不能不是劳民伤财、两败俱伤。

有美国军方在背后撑腰，加上一个保守派基金会的财政支持，闲赋在家的威斯特摩兰将军既有财力又搭得起时间，可以跟“无冕之王”过上几招。可是，一般人物要跟新闻界较量实在是件不容易的事情。本文作者之一任东来的一位美国朋友 M，原来是美国国防大学研究中国军事问题的头号专家，因业务关系与中国驻美大使馆武官处有些往来。《华盛顿时报》的一位专栏作家对中国抱有偏见，便抓住这一点公开指责他是中国间谍。2001 年夏天，任东来在夏威夷曾亲自问他：“你为什么不上法院控告他诽谤罪，难道你是公众人物？”此公回答道，他算不上公众人物，他曾经和律师非常认真地讨论过打官司的问题。律师称，如果要打赢这场官司的话可能需要 4—6 年的时间，要花费 60—100 万美元，而胜诉的可能性只有 50%.在这样的巨额成本面前，一般的人只能吃哑巴亏。

同年，在与《洛杉矶时报》(Los Angeles Times)

外交专栏作家布雷特（Thomas Plate）交流时，任东来再次提到这一问题。布雷特认为，M 的无所作为是明智之举，因为打赢这类官司需要三个条件：一要证明是不实之词，二要证明怀有恶意，三要证明受到实际伤害。而 M 现转到夏威夷另一个国防部的研究机构，而且晋升了，这就证明没有受到伤害。而且，新闻界很容易把 M 搞成一个公众人物，它只要设法采访 M，然后发表采访记，M 立马会成为公众人物，这样官司必输无疑。

这就是美国新闻界，成事有余，败事也有余。美国新闻界最得意的一点是它受到宪法第 1 修正案的保护，但这也为人所嫉恨和诟病。因为在美国，作为一个行业受到宪法保护的只有新闻界这一家，别无分店。它虽然享有这一特权，但并没有特别的责任，也无更高的道德追求，仍然和其他行业一样以追逐盈利为目的。那么，又有谁来监督新闻界的所作所为呢？为了扩大报刊的发行量和广播电视的收听收视率，新

闻界可以钻天打地洞，甚至可以把尼克松拉下马，把克林顿弄得斯文扫地。但是，为了防止读者和听、观众的减少，它却极少承认诽谤、赔偿受到它伤害的小民。为了防止投资者的不悦，它似乎也不那么积极调查和揭露华尔街的黑幕。而它在自我监督方面更是差强人意。可以想象，有哪一家电台或报社愿意家丑外扬影响收视率和发行量呢？有利益冲突就必须回避，这是现代法治社会的起码治理准则。可是，这条在美国新闻界有时却行不通。

不过，美国新闻界存在的多元和多层次的竞争一定程度上减轻了这一问题的严重性。就媒体形式而言，有报刊、广播、电视和网络，就区域而言，有全国性、地区性、州内和城镇的媒体。受媒体伤害者有时就可以利用这一点，做到“东方不亮西方亮”。

各家媒体，特别是一般所称的严肃媒体，比较注意自律，为了维护和巩固自己来之不易的信誉，一般比较注意小心行事，不敢胡来。为了避免旷日持久、

耗费巨资的诽谤诉讼，《纽约时报》、《华盛顿邮报》等全美著名大报先后成立了律师事务部。律师事务部的责任是与编辑和记者合作，确保那些批评政府和官员的重头文章能在法律上站住脚。对那些可能使当事人的名誉遭受损害的新闻报道，必须反复核定事实的细节，由律师确认没有法律方面的麻烦后才能发稿。其他一些规模较小的新闻报刊大多采用了向保险公司投保“诽谤保险”的办法。至于那些既雇不起法律顾问又买不起诽谤保险的小刊小报，一旦打输了大的诽谤官司，那只能是倾家荡产、关门收摊，只剩下个自哀自怜了。

第二十章

不厌其烦的告诫与刑事被告的权利

——米兰达诉亚利桑那州案（1966）

1966 年美国联邦最高法院对米兰达诉亚利桑那州（Miranda v.Arizona）一案的判决，是 20 世纪美国宪政史上最重要、最具争议性的司法判决之一。随着好莱坞（Hollywood）电影在世界各国的流行，因米兰达案而名噪一时的“米兰达告诫”（Miranda warnings，中文又译“米兰达警告”）不但在美国社会家喻户晓，而且已成为风行全球的美国通俗文化的一部份。

一、不厌其烦的美国警官看过美国电视连续剧《神探亨特》的观众可能会纳闷：这位亨特警官真是

不嫌累得慌，每次历尽千难万险擒获犯罪嫌犯后，不但不向嫌犯交待一番“坦白从宽，抗拒从严”之类的攻心政策，反而不厌其烦地告诉嫌犯“你有权保持沉默，否则你所说的一切都能够而且将会在法庭上作为指控你的不利证据；审问之前你有权与律师谈话，得到律师的帮助和建议；你有权请律师在你受审问时在场；如果你希望聘请律师但却雇不起，法庭将为你指定一位律师”。

对于很多观众来说，亨特警官这段台词实在令人费解：落入法网的犯罪嫌犯竟然还有权一声不吱、拒绝回答警察的审问，这嫌犯岂不是白抓了吗？然而，在真实生活中如果亨特警官嫌累得慌，没对被抓获的嫌犯哆嗦这段台词，那么这嫌犯很可能真就是白抓了。

电视剧中亨特警官的这段台词并非编剧或导演的凭空编造，而是与美国宪法第 5 和第 6 修正案所规定的刑事程序有直接关系。宪法第 5 条修正案规定：无论何人，不得在任何刑事案件中被迫自证其罪。根

据这一条款，甭管是在警察局、法庭还是在国会听证会上，任何人都有权保持沉默、拒绝提供可能被用来控告自己的证据。宪法第 6 条修正案则规定：犯罪嫌疑人在法庭受审时有权请律师帮助为其辩护。

可能有人会问：有没有搞错啊？既然有权保持沉默，那为啥莱温斯基（Monica Lewinsky）小姐和克林顿（Bill Clinton）总统都招了呢？

是这么回事：根据美国法律，政府或国会为了换取一个被告全盘供出其本人或其他案犯罪行的真相，有时会与被告作一些有限的交易，控方可以保证不用被告的供词对其本人进行起诉。在克林顿“拉链门”一案中，为了得到案情真相，用莱温斯基的口供去起诉克林顿，特别检察官就给了莱温斯基这种豁免权。面对莱温斯基的供词和裙子上的污点，克林顿采用了钻法律牛角尖和玩弄法律名词游戏的损招儿，主动招出他与莱温斯基之间有“不适当关系”，但没有发生严格法律定义上的“性关系”，以此逃避向联邦大陪

审团作伪证的严重法律后果。

但是，如果犯罪嫌疑人的供词属于在不知道自己宪法权利的情况下被迫自证其罪，那么这种供词在法庭上是不能作为犯罪证据引用的。这一规定源于1966 年美国最高法院对米兰达诉亚利桑那州一案作出的裁决。

二、米兰达案与“米兰达告诫”

1963 年，一个 23 岁名叫恩纳斯托。米兰达（Ernesto Miranda）的无业青年因涉嫌强奸和绑架妇女在亚利桑那州被捕，警官随即对他进行了审讯。在审讯前警官没有告诉米兰达有权保持沉默、有权不自证其罪。米兰达文化不高，这辈子也从没听说过世界上还有美国宪法第 5 条修正案这么个玩艺儿。经过两小时的审讯，米兰达全招了，并且在供词上签了字。亚利桑那州地方法院开庭审理米兰达案时，检察官向法庭和陪审团出示了米兰达签字的供词，作为指控他

犯罪的重要证据之一。

米兰达既无职业又无收入，属于一贫如洗的贫困阶层，根本雇不起辩护律师。但是，根据最高法院1963 年著名的吉迪恩诉温赖特案（Gideon v.Wainwright，1963）的判例，州法院有义务为被控刑事重罪的贫穷被告免费提供律师。于是，主审法官指定了一位名叫莫尔（Alvin Moore）的公共辩护律师为米兰达辩护。

这位莫尔律师当时已 73 岁高龄，而且缺乏刑事案辩护的经验。在出庭辩护时，他声称，根据宪法第6 条修正案的条款以及最高法院关于穷人律师权的判例，嫌犯被捕后警方就应立即为其提供律师，但涉案警官却违反规定，在没有律师在场的情况下审讯米兰达，因此，米兰达的供词属于被迫自证其罪，违反了宪法第 5 条修正案，这种供词是无效的。

严格地说，莫尔律师的辩护词是缺乏法律根据的，因为最高法院只是泛泛地规定各州法院应为被控重

罪的贫穷被告提供律师，并没有规定具体的实施细节。究竟是在嫌犯被捕后就应立即为其提供律师？还是当警方审讯时应为其提供律师？或是在法院开庭时才为嫌犯提供律师？对于这些操作性细节，最高法院在判例中并无详细规定。于是，检方反过来抓住莫尔律师胡乱解释最高法院判例的漏洞，论证警方并未违规，米兰达的供词属于合法证据。

庭辩结束后，陪审团判决米兰达有罪，法官判处米兰达 20 年至 30 年有期徒刑。米兰达和莫尔律师不服判决，在两位著名刑事律师帮助下终于将此案逐级上诉到联邦最高法院。

1966 年，联邦最高法院以 5 比 4 一票之差裁决地方法院的审判无效。最高法院的理由是：宪法第 5 条修正案规定的公民权利（不自证其罪）不仅适用于正式法庭审判，而且同样适用于法庭以外的任何程序和场合。由于涉案警官在审讯米兰达之前没有预先告诉他应享有的宪法权力，所以米兰达的供词属于“非

自愿供词”，这种供词在法院审判时一概无效。最高法院强调：警方强制性的关押和审讯环境对犯罪嫌犯形成了巨大的压力，为了防止出现刑讯逼供或恐吓成招，司法程序应当从一开始就对嫌犯的宪法权利予以有效保障。

实际上，早在 20 世纪 30 年代，联邦司法部下属的联邦调查局（FBI）就已开始施行类似“米兰达告诫”的规则。1964 年，针对各州和地方警务人员罔顾程序、滥用权力现象远比联邦调查局为甚的严重问题，最高法院在马洛伊诉霍根案(Malloy v.Hogan，1964）的判决中宣布，宪法第 5 条修正案关于“不自证其罪”的条款属于宪法第 14 修正案中各州应遵循的“正当法律程序”的一部份，嫌犯的“非自愿供词”在州法院审判时一概无效。

但是，究竟什么样的供词属于“非自愿供词”？各州警方应如何在日常执法过程中防止出现“非自愿供词”？对于这些细节，最高法院未予详细说明和具

体解释。这样一来，上有政策，下有对策，全美各州警务人员仍然各行其是，玩弄各种花招和借口继续侵犯公民“不自证其罪”的宪法权利。在此背景下，最高法院多数派决定，借米兰达案判决之机正式建立一个统一明确、联邦和各州警务人员都必须严格遵守的联邦法规，程序性地保护所有犯罪嫌犯的沉默权。

在美国宪政史上，联邦最高法院的司法裁决一般都是大而化之的原则性规定。可是，在米兰达案中，由首席大法官沃伦(Earl Warren ,1953—1969 任职)亲自执笔撰写的法院判决书却一反常规。像耐心的老爷爷教悔调皮捣蛋、屡教不改的小顽童一样，沃伦法官苦口婆心，不厌其烦，向全美警务和执法官员详细而具体地规定了在审讯犯罪嫌犯时所必须严格遵守的操作性程序和细则。沃伦法官提出：实施逮捕和审讯嫌犯时，警方应及时宣读下列提醒和告诫事项：第一，告诉嫌犯有权保持沉默；第二，告诉嫌犯，他们的供词将会用来起诉和审判他们；第三，告诉嫌犯，

在受审时有请律师在场的权利；第四，告诉嫌犯，如果雇不起律师，法庭将免费为其指派一位律师。这些源自宪法第 5 和第 6 条修正案的规定后来被统称为“米兰达告诫”。亨特警官在电视连续剧中那段一再重复、令人费解的台词即是源于最高法院的此项规则。

参与审理米兰达案的福塔斯大法官(Abe Fortas，1965—1969 任职)后来回忆说：“米兰达裁决完全是沃伦的决定。”在分析和讨论案情时，沃伦法官根据自己长期担任基层检察官的经历，耐心地说服其他几位大法官同意他的观点。他坚持认为，只有施行“米兰达告诫”，才能有效地约束和限制警方权力，防止警察对嫌犯进行刑讯逼供和精神恐吓，有效地保护犯罪嫌疑人的基本宪法权利。在判决书中，沃伦法官特意引用很多警方执法犯法的具体事例，详细地说明和解释施行“米兰达告诫”的重要性和必要性。

然而，即使在最高法院大法官之中，这一越俎代庖、惊世骇俗的联邦法规也引起了很大争议。持反对

意见的哈兰大法官（John M.Harlan，1955—1971任职）认为：“人人皆知，如果没有嫌犯口供，有些案件很可能永远无法破案。数量众多的专家作证表明，警方提审案犯，获取口供，对于控制犯罪非常重要。”“鉴于犯罪行为的社会代价极大，这种新规则只配称之为一种危险的实验。”少数派的怀特大法官（Byron R.White，1962—1993 任职）宣读异议时情绪颇为激烈地表示：“最高法院的新规则将把杀人犯、强奸犯和其它罪犯送回大街，送回产生犯罪的环境之中，让罪犯在兴高采烈之时重复罪行。”

在 20 世纪美国宪政史上，沃伦大法官无疑是一个极具争议性的人物。最高法院大法官人人身怀绝技，个个身手不凡，他们有的是出类拔萃的法学家，有的是名震四方的大律师，有的是誉满全美的联邦巡回法院法官。但是，正如一些人批评的那样，有些大法官几十年来或身处高高在上的法律殿堂，或埋头于艰深奇奥的法理象牙塔，常常不食人间烟火。而沃伦法官

的经历则极为特殊，他实际上只是一个“行政干部”出身的“外行”。（沃伦担任首席大法官之初，当最高法院召开例行院务会议讨论案件审理的具体问题时，他让资历最深的布莱克大法官主持会议，自己只是坐在一边“旁听”。一个月后，沃伦法官才开始亲自主持院务会议。)然而，几十年来担任基层地区检察官、州司法部长和州长的独特经历，使沃伦对各级政府检察部门和警方内部的黑暗、腐败和犯罪的内幕洞若观火、深恶痛绝，对下层百姓的疾苦知之甚详、深感同情。出任首席大法官之后，他主持做出了一系列震撼全美的重大司法判决，严格地限制警方权力，加强对社会弱势群体权利的宪法保护，对 20 世纪 60 年代美国的民权运动和“权利革命”产生了极大影响。

在其名著《普通法》一书中，最高法院大法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes，Jr.，1902—1932 任职）精辟地指出：“法律的生命从来就不是逻辑，而是经验。”所谓经验，显然包括法律、政治、历史、

社会和法官个人的经验。一般而言，司法判决并不是一个运用逻辑和法理辨明大是大非、寻求永恒真理和绝对正义的思辨和推理过程，只能审时度势、权衡利弊，在不同的利益和价值冲突之间寻求一种动态性平衡，很难做到面面俱到，皆大欢喜。实际上，在错综复杂的人类社会中，任何司法裁决都不可能满足单一的利益和价值追求——如自由、平等、安全、效率等，只能是一种多元利益和多元价值观的综合平衡。

三、大法官是不是有毛病？

沃伦大法官积极推动的民权运动和“权利革命”，几十年来在美国社会中一直毁誉参半。很多人抱怨说最高法院为犯罪嫌犯提供了过份的保护。美国法律给人们的普遍印象是：罪犯的人权好像比受害人的人权更重要，保护坏人好像比保护好人还要优先，针对警方的清规戒律好像比打击犯罪分子的法律法规还要多，而美国律师则精于颠倒黑白和钻法律漏洞，再加

上美国独有的陪审团制度，使美国法院的司法判决常常沦为全世界的笑柄。

20 世纪 60 年代以来，随着美国社会犯罪问题的日益严重，绝大多数美国人希望政府乱世用重典，加大执法力度，从重从快打击暴力犯罪。可是，美国最高法院对民众的呼声却好像视而不见，置若罔闻，不但不顺从民意，却反其道而行之，对待犯罪嫌犯简直就是“爱你没商量”。1961 年，最高法院在迈普诉俄亥俄州（Mapp v.Ohio，1961）案中裁定：警方非法搜查取得的证据在州法院的审判中一概无效。1972 年，最高法院在阿杰辛格诉汉姆林（Argersinger v.Hamlin，1972）案中裁定：法院也应为被控刑事轻罪的贫穷被告免费提供辩护律师。人们禁不住犯寻思，最高法院里的大法官们是不是都有点儿毛病啊？

美国最高法院有几位开明派大法官的确有“毛病”，而且病根儿渊远流长。在美国历史和文化的深

处，深藏着对官府的极度不信任、对警察滥用权力的极度恐惧和对司法腐败的高度警觉。熟悉历史的人知道，美国人的祖辈当年在欧洲大陆饱受专制暴政之苦，不得不离家出走，漂洋过海，历尽千辛万苦好不容易才来到新大陆。当他们踏上北美大地之时并没有发现遍地黄金，生活甚至可以说是极度艰辛，但他们确实获得了前所未有的机会和自由，多数人通过奋斗实现了自己的梦想。正因如此，他们再也无法忍受任何骑在小民百姓头上横行霸道的专制政府，为了保护自由和财产不受侵犯，操起家伙事儿就跟英王的军队开打。

美国的天下是开国总统乔治。华盛顿用枪杆子打出来的，但是，美国的长治久安却是第三任总统托马斯。杰弗逊和第四任总统詹姆斯。麦迪逊用脑袋瓜思考出来的。托马斯。杰弗逊当年主持起草了影响深远的《独立宣言》，詹姆斯。麦迪逊则被誉为“美国宪法之父”。

什么是宪法？用句通俗的话来解释，宪法就是管

政府的法。为什么要管政府呢？因为政府里的官儿和警察都有权，而权力使人腐败，绝对权力绝对使人腐败。说白了吧，因为手握大权，所以政府里的各级官员有可能全都是潜在的坏蛋和腐败分子，是潜在的“有组织犯罪集团”。所以，法律要管的首先应当是政府里的官儿和警察，其次才是社会上的犯罪分子。所谓加强法治，首先应当是从制度上约束和限制政府官员的权力，是从制度上防止统治者和执法者无法无天、胡作非为。如果统治者和执法者循规蹈矩，遵纪守法，司法者秉公判案，一视同仁，那么防止被统治者造反闹事则易如反掌。

人类历史已经证明，官府和警察干坏事或者“好心干坏事”的本事绝对要比社会上的犯罪分子大得多。纳粹德国当年没费啥劲儿就屠杀了 6 百万犹太人；中国大陆从 1957 年反右扩大化到文革十年动乱，陷入如山的冤、假、错案和政治迫害之中的民众一不留神就达数千万之多，社会进步和经济发展也遭受了空前

可怕的破坏。

想当年，为了从制度上解决问题，1789 年生效的美国宪法规定了很多约束政府的基本原则，诸如天赋人权、限权政府、主权在民、三权分立与制衡、法治而非人治、文官控制军队等。但是，从可操作性的角度看，这些原则很多都是虚的。比如，如果没有言论、出版自由和新闻监督，三权分立与制衡实际上仍然很难防止官官相护、以权谋私等腐败现象，多党竞争、三权分立的政治体制仍然有可能蜕变为多党勾结、三权合谋的黑暗王朝。天赋人权、限权政府等立宪原则可以在小资沙龙里吹得天花乱坠，唾沫星子乱溅，可是，如果执政党中的贪官污吏与警察、检察官和法官暗中勾结，大搞司法腐败，任意编造罪名，把在野党的头头脑脑和控告官府的小民百姓打入黑牢，刑讯逼供，秘密审判，残酷迫害，你是一点儿辙也没有的。一句话，如果没有对公民自由和权利的具体而有效的保障，宪法中的高调和好词儿全是白扯！

四、五权分立与现代民主美国制宪先贤对当时宪法中的毛病当然心中明镜。1791 年，制宪先贤一口气给美国宪法增加了 10 条修正案，内容包括保障公民的言论、出版、集会、请愿和宗教自由，允许小民百姓拥有武器，规定不得强迫任何人自证其罪，不得因同一犯罪两次受审，不依正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产，被告人享有迅速、公开、公正审判和得到律师为其辩护的权力，刑事案件和价值超过一定限额的民事诉讼应由陪审团审理，不得对公民进行无理搜查和扣留，不得对犯人施加残酷的惩罚等。

美国宪法的这头 10 条修正案统称为《权利法案》。《权利法案》的核心就是以公民权利来限制政府权力，用保障言论、出版自由以及保障小民百姓免遭司法腐败之害的方法逐渐确立新闻监督权和公民权，制衡和约束政府的官权，形成立法、执法、司法、新闻监督、

公民权利的五权分立与制衡。其特点是用权力制衡权力，借舆论监督权力，以权利限制权力。这种精心设计的制衡、监督和限制权力的机制，比较有效地抑制了政府滥用权力的弊病。当然，在相当长的一段时间内美国宪法只注重保护了白人和有钱人的人权，但不管咋地，这毕竟是“让一部份人先民主和自由起来”，使美国社会逐渐走上了现代民主的道路。

什么是现代民主？现代民主就是限制政府权力以及保障公民的自由和人权。如果没有限权政府和保障人权，民主选举不过是徒有其名。纳粹德国是经全民投票、民主选举成立的政权，但它的政府是专制独裁、权力无限、以强凌弱和任意践踏公民人权的法西斯政府，这种民主是选票箱掩盖下的虚假民主，或者说是一种“有选举的暴政”。

正因为存在这种“有选举的暴政”的可能性，深信洛克限权政府理论的制宪先贤对可能出现的政府“恶政”非常敏感。在制宪者影响下，美国人深信，

只有严格约束和限制政府官员所代表的国家权力，尤其是严格限制执法和司法部门肆无忌惮地大搞司法腐败、轻而易举地侵犯小民百姓自由和财产的权力，充份保障新闻自由和普通公民的基本宪法权利，国家才有可能能走上长治久安、繁荣富强之路。相形之下，在中国人传统的国家与个人观念中，国家和社会永远都是第一位的，只要国家富强，社会安定，拱手放弃个人的自由和权利似乎是理所当然。

不过，即使在西方国家中，像美国这样不但把普通公民的权利，而且把犯罪被告人在刑事案中的权利也明文载入宪法，而总统、国会和政府官员一天到晚战战兢兢地站在被告席上，饱受新闻媒体和民众的指责和批评，也恐怕是仅此一家、别无分店。在今天的美国，政府官员若想找碴儿迫害那些监督和批评政府的新闻媒体和小民百姓几乎是不可能的事。美国社会的特点是官权弱，民权强，新闻媒体是超强。政府官员只能遵循法律法规行事，小民百姓却可以做法律没

规定的任何事情，新闻媒体是各行各业中唯一受宪法明文特别保护的特殊行业，警察和执法官员的权力则受到各种法规的严格限制。

五、杜绝刑讯逼供的尚方宝剑在 20 世纪 60 年代，美国最高法院通过一系列司法判例严格限制执法官员的权力，这绝非偶然。长期以来，由于缺乏制衡机制，美国各州和地方警方执法犯法、滥用权力的现象已成为屡禁不改的恶习。为了及时破案，邀功请赏，警方经常对嫌犯威胁恐吓、打骂污辱、刑讯逼供，进行超长时间的疲劳审讯和精神折磨，不择手段地获取嫌犯口供。最高法院每年都接到很多刑讯逼供案和屈打成招案的上诉。对最高法院而言，施行“米兰达告诫”是迫不得已，只有严格限制警方的权力、程序性地保障处于弱势地位的犯罪嫌犯的基本权利，才有可能彻底杜绝警方屡禁不改的严重违法行为。

另外，在民权运动风起云涌的 20 世纪 60 年代，

最高法院对平等保护公民宪法权利的问题日益重视。沃伦大法官退休后在回忆录中谈到，在当年美国的司法审判程序中，“不自证其罪”只是那些有钱聘请律师的富人的一项特权，绝大多数象米兰达这样的贫困阶层嫌犯根本就不知道什么是宪法第 5 修正案。在米兰达案庭辩过程中，沃伦法官特别强调：“此案与吉迪恩案没有太大区别。”最高法院多数派下决心施行“米兰达告诫”，是为了使沉默权成为现代法治国家中每一位犯罪嫌犯的基本权利和司法公正的基本标准。

应当特别指出的是，美国最高法院通过司法判例确立联邦法规，严格限制警察所代表的国家权力，体现出美国宪政体制的独特和精彩之处，即联邦最高法院拥有至高无上的司法审查权。由于司法部门拥有对宪法的最终解释权，其最后结果是，代表民意的国家立法机关不能随意立法，而非民选产生的最高法院却在某种意义上拥有了“最终立法权”。司法审查制度

是美国宪政法治的基石。作为三权分立制度中的司法部门，非选举产生和终身制使最高法院具有较大的独立性和稳定性，不受变化无常的民意和情绪冲动的舆论界影响，更没有义务讨好和取悦选民。当作出司法判决时，大法官可以高瞻远瞩，深谋远虑，关注国家和民族的根本利益和长治久安。一般而言，代表民意的各级立法机构不太可能冒天下之大不韪制定和通过象“米兰达告诫”这种惊世骇俗的联邦法规，但是，联邦最高法院却可以我行我素，特立独行，通过解释宪法的方式，以司法判例严格约束和限制警察所代表的国家权力——计子孙后代之利，赢千秋万世之名。美国学者伊龙斯（Peter Irons）认为：“宪法前 10 条修正案，被沃伦法院变成了对抗从警察到总统的政府官员的强大武器。”

美国虽然标榜高度民主，号称年轻而富有活力，可是，在决定国家发展方向的重大问题上，在裁决法治社会中难以解决的重大纠纷时，却是由非民选产生、

终身任职、经验丰富的“九个老家伙”中的多数派掌舵拍板，一锤定音。但是，大法官做出裁决时必须把背景和判决的根据记录在案，昭示天下，以示对法律和历史负责。

那么，这种司法审查制度是否违背了民主原则呢？一般的解释是，按照宪法程序，大法官由民选总统提名，经民选参议院批准确认，所以，司法审查制度可以被解释为是一种“间接民主”，并非完全与民意脱节。另外，从原则上讲，代表民意的参众两院和各州议会可以通过宪法修正案来否决联邦最高法院的判决，对司法部门的“最终立法权”形成制衡，防止出现“司法专制”或“司法独裁”。

从某种意义上说，“间接民主”或“代议制民主”正是美国宪政设计的精髓之一，其独到之处在于注重监督制衡而非直接民主，注重将民选政府置于宪政法治的制度框架之中，而不是简单地依靠“多数决定”或“全民公决”的民主原则治国。在具体的宪政运作

中，既尊重多数人的意见，同时又注意对多数人的权力予以严格限制，防止出现“广场大民主”或“多数人的暴政”。比如，国会参议院的选举和产生程序，就与传统的“一人一票”的民主理念有违。为了分权制衡，同时也是为了满足人口小州的需要，制宪先贤当年特意设计了既有民意基础但同时又与民意保持一定距离的参议院。根据宪法，各州无论面积大小、选民多寡，参议员皆为两名。另外，与每两年改选一次的众议员相比，参议员每六年改选一次，从而使参议院与民意相对脱离，不必总是听选民瞎嚷嚷。1978年以前，美国法律一直禁止新闻媒体转播参议院开会和辩论的实况，防止选民影响参议员的独立判断，干扰参议院的政治运作，使立法程序沦为直接民主的一部份。（1978 年，美国参议院就“巴拿马运河条约”举行辩论时首次允许全国公共广播公司[National Public Radio]作部份实况转播。）

在美国的宪政体制中，执法和司法过程涉及警察、

检察官、律师、法官、证人和陪审团等，其中警察被认为是素质最差、最难监督、最倾向于执法犯法和胡作非为的集团。在任何一个国家，警察与贪官污吏和黑社会总是有着千丝万缕的联系，稍不约束，警匪就会沦为一家，凡大规模的海关走私、贩毒洗钱、贪赃枉法和劫财害命，几乎每次都少不了警方或军方的高层背景。警方内部的黑暗和犯罪通常比社会上普通犯罪分子的罪行严重得多，对社会秩序和司法公正造成的影响和破坏也大得多。因此，用"米兰达告诫"之类的法规防止警方滥用权力，程序性地保障小民百姓的宪法权利，是加强国家法治的重要环节。

此外，美国是个两亿人民两亿枪的国家，警察的日常工作充满了危险。警察一天到晚与罪犯打交道，以暴治暴、以黑对黑、以恶报恶、滥用武力、刑讯逼供以及为侦破大案、邀功请赏而罔顾法律程序等情绪化和非理性行为，想改都难。所以，尽管法规森严，但美国警察违法乱纪、胡作非为、滥用权力等问题仍

然非常严重。可是，司法制度应当是讲求理性和权威的。为了维护法律的权威和公正，防止警方滥用权力，美国司法制度注重从严治警，以正压邪，以直报怨，无罪推定，保障嫌犯权利。美国的刑事审判程序首先从严规范警方和检方的行为，侦查案件、搜集罪证、扣押和审问嫌犯必须严格遵循正当的法律程序。如果警方和检方在法律程序上出现漏洞，一旦在法庭上被辩方律师钻了空子，那就只能眼瞅着嫌犯在铁证如山的情况下从法庭轻松走脱，让在旁边扎堆儿看热闹的民众感觉倍儿痛苦。

六、两害相权取其轻依美国法律，案犯不但有权保持沉默，而且即使最终被定罪入狱，其饮食、睡眠、通信、娱乐等权利仍然受到保障，好吃好喝地养在监狱里。有人算过三笔账：第一，在 1998 年财政年度，美国的贫穷线是以 4 口之家年收入低于 1 万 6 千 6 百美元划定的。根据美国人口普查局的统计，占美国

总人口 12%左右的人口生活在贫穷线以下。第二，如果不算福利补贴和医疗保险，1998 年从西点军校毕业的美军少尉军官起薪 3 万 5 千美元。第三，如果算上保安警卫、医疗保险以及健身房之类的福利待遇，美国监狱里的每位犯人每年要让美国的纳税人破费 3 万美元。

这里自然就有了一个问题：美国法律标榜保障公民的自由和人权，但在司法实践中却捎带着保护了坏人的自由和人权，损害了好人的自由和人权，或者至少可以说是损害了好人的“生存权”。对于这个问题，三言两语恐怕很难说清。

首先，如果听任官府和警方执法犯法，无视正当的法律程序和制度，那么好人的自由和人权最终将会受到更大损害。律师在法庭上钻法律空子的现象并不可怕，因为它的前提是承认法律，是在司法程序规定的框架中挑战法律，而真正可怕的是有法不依、执法犯法、以权代法和无法无天。法律法规中的漏洞可以

通过正当的法律程序予以修补，而有法不依、执法犯法的口子一旦打开，今后想堵都很难堵得住，最终将会冲垮民主法治的大坝。

其次，人人都应得到法律的平等保护。不仅王子犯法应与庶民同罪，而且王子与庶民在法庭上和监狱里也应享有同等待遇。从理论上说，每一个公民都有沦为罪犯的可能性，好人与坏人之间的界线也并不总像楚河汉界一样清楚，好人也会因触犯法律或遭受诬陷而沦为罪犯和坏人。所以，程序性地保护罪犯人权，也就是保护每一个普通公民的基本权利。实际上，如果不保护罪犯和坏人的人权，那么好人的人权也很难得到保护。中国文革动乱时期，国家元首、政府部长、元帅将军、学界泰斗一夜间都沦为丧失一切权利的黑帮和坏人，都只能像狗屎一样任人践踏。因此，为了使国家元首、政府部长和广大百姓免遭无端迫害，法律应当保护所有人的自由和人权。

再次，用“米兰达告诫”之类的法规对执法者的

权力予以限制，的确在某种程度上严重影响了执法部门破案的效率，保护了一些坏人的权利，使一些真正的罪犯借机逃脱法网。然而，如果从更宽广的视野看，法律程序性地保护被告人的权利，限制执法者的权力，防止政府官员执法犯法、滥用特权、任意迫害和欺压小民百姓，这是对守法公民自由和人权的最好保护。霍姆斯大法官认为："罪犯逃脱法网与政府的卑鄙非法行为相比，罪孽要小得多。"

最后，世界上不存在完美无缺、尽善尽美的法律制度。就像市场经济不是药到病除、包治百病而又绝无副作用的灵丹妙药一样，民主法治和保障人权也不是人类社会通向人间天堂的康庄大道，它只是防止人类社会跌入专制腐败这种人间地狱的防护大坝而已。民主法治不可能保证事事最佳，它只能防止出现最差最劣。借用丘吉尔的话说，代议制民主政体只是人类社会的那些糟糕政体中不太糟糕的一个而已，人们不过是两害相权取其轻罢了。

七、天下没有免费的午餐常言道：天下没有免费的午餐。实行“米兰达告诫”这种保护嫌犯权利的法规是有重大社会代价的。在美国的司法制度下，偏向嫌犯和辩方律师的各种规矩多如牛毛，重罪轻判成了家常便饭，冤假错案虽然很少，但漏网之鱼的确很多。

美国的执法机关也特不容易，就说当年施行“米兰达告诫”吧，嫌犯一旦落网，一个个都像榆木疙瘩一样一声不吭，给警方侦破案件造成了极大困难，全美各地警察局怨声载道，但却不敢不照办。有些警官脑瓜儿不太够用，手忙脚乱地擒获嫌犯后，死活也想不全“米兰达告诫”的全文了，旁边也没个提词儿的人，只好仰天长叹，痛骂最高法院大法官全是坐着说话不嫌腰疼的主儿。后来，警方干脆把“米兰达告诫”印制成卡片发给每一位警官，在抓获嫌犯后照本宣科读一遍交差。

据美国司法部门统计，“米兰达告诫”出台前刑

事重罪案破案率一般在 60%左右，“米兰达告诫”出台后几十年来破案率已跌落到 40%左右。但值得提到的是，因警方刑讯逼供、屈打成招而造成的冤、假、错案的发生率基本上降到了零。

此外，随着好莱坞电影的风行，世界各国观众对美国警察每次抓获嫌犯之后高声宣读的那一段必不可少的台词已耳熟能详，使“米兰达告诫”实际上成为当代美国通俗文化的一个重要组成部份。

需要指出的是，沉默权制度是有制约的。美国的刑事诉讼法规定，如果嫌犯能够自愿招供，主动认罪（Plead Guilty），避免一场冗长耗时、劳民伤财的法院审判程序，经法官批准，检方可以做出一定让步和交易，案犯有可能受到从轻处理。如果死抗不招，一旦因罪证确凿被判有罪，将有可能加重惩罚。这实际上是一种变相的“坦白从宽，抗拒从严”政策。

还应提到的是，提审和逼供嫌犯对警方来说其实也是一个极为沉重的工作负担。沉默权制度建立后，

美国警方逐渐将工作重点和主要精力转移到刑事勘察和以高科技手段收集罪证之上，不但促进了执法工作的科学化和文明化，比较有效地遏制了刑讯逼供等违法乱纪现象，而且大大减轻了警方的工作负担。事到如今，美国警方已成为施行“米兰达告诫”的实际拥护者。

但一些忧国忧民的人士认为，“米兰达告诫”实际上是给警方戴上了手铐，极大地增加了司法成本，保障了犯罪嫌犯的人权，却严重损害了受害人和守法公民的权利，长此以往，美国社会将有可能出现难以遏制的犯罪浪潮。1968 年，美国国会曾召开听证会，广泛听取警方、法律界权威人士和广大民众的呼声，研讨对付“米兰达告诫”的高招儿。依照三权分立、相互制衡的原则，美国国会和各州一起可以用宪法修正案推翻美国最高法院的裁决。美国联邦参议员山姆。艾尔温（Sam Ervin，Jr.）提议增加一条新的宪法修正案，彻底推翻最高法院对米兰达诉亚利桑那州一案

作出的荒谬裁决。但这个议案因没得到参众两院三分之二多数支持而夭折。依照宪法，这个议案即使参众两院通过了，仍需四分之三以上州议会的批准才能生效。

在美国的宪政体制中，纠正最高法院司法判决的另一个途径是总统利用宪法所赋予的法官任命权改变最高法院的人事组成，从而影响最高法院的司法观念和司法判决。1969 年沃伦大法官退休后，保守的尼克松总统千挑万选，反复斟酌，最后决定任命联邦哥伦比亚特区上诉法院的保守派法官伯格（Warren E.Burger，1969─1986 任职）出任首席大法官。此公上任之初便在最高法院院务会议上表示，沃伦法院做出的一些司法判决应予推翻，其中首当其冲的就是 1966 年的米兰达案和 1963 年的吉迪恩案。可是，由于这两个案例影响重大，牵一发而动全身，所以一直未能被推翻。颇具讽刺意味的是，1974 年，在著名的美国诉尼克松案(United States v.Nixon ,1974)

中，伯格大法官主持撰写法院判决书要求尼克松总统交出录音带，结果“推翻”了尼克松的总统宝座。

三十年河东，三十年河西。谁都没想到，自 20 世纪 90 年代以来，随着美国经济的持续增长，从 1993 年开始美国的刑事犯罪率连续八年出现大幅度下降，社会治安情况一向极为糟糕的纽约市，1997 年度的恶性刑事犯罪率比前一年奇迹般地下降了 54%.尽管嫌犯打不得也问不得，还有律师免费侍候，但铤而走险、以身试法的主儿却越来越少。人们普遍将这些归功于经济的持续增长、失业率的降低、社会福利制度的改进、警力的增强、监狱的增多、对惯犯处罚的加重等原因，与保护嫌犯人权的“米兰达告诫”根本没有一丝一毫的关系。

美国宪法第 1 条修正案保障言论自由。对刑事犯罪率下降与“米兰达告诫”两者，你完全有权说根本没有一丝一毫的关系，你当然有权说或许有那么点儿关系，你绝对有权保持沉默！

第二十一章

选择权与生命权的漫长较量

——罗诉韦德案（1973）

1973 年，最高法院赋予堕胎行为合法性这一具有里程碑意义的裁决激起了前所未有的反响。在美国，天主教徒和新教原教育旨主义者们认为，堕胎就是谋杀。然而，其他许多人相信，剥夺一名妇女自己决定是否要生小孩的自由是不符合宪法的。1973 年的裁决在支持者和反对者两大阵营之间引发了一场争论。

一、诺玛。麦科威以身试法 1969 年，得克萨斯州的诺玛。麦科威（Norma McCorvey）的婚姻走到了尽头，她的父母给她抚养她 5 岁大的女儿。这年夏天，21 岁的麦科威在一个流动游艺团当售票员。

到了秋天，她失掉了工作并怀了孕。她想堕胎，但在她所居住的得克萨斯州，除非是在孕妇生命垂危的情况下，否则堕胎就是非法的。她找不到一个愿意为她进行非法堕胎的人。

然而，麦科威却遇到了两名年轻的女权主义者——琳达。考菲（Linda Coffee）和萨拉。韦丁顿（Sara Weddington）。她们鼓励她向得克萨斯州反堕胎法发起攻击。

得克萨斯州是于1859年通过反堕胎法的。与其他州的类似法律一样，它只惩罚实施堕胎措施的人，这就给考菲和韦西丁顿出了一个难题。法律的如此规定使得孕妇根本没有法定权利去挑战这项法律。如果孕妇不越过这个障碍，那么她将面临另一个问题。在婴儿出生后，好的诉讼前提将不复存在。

但无论如何，考菲和韦丁顿开始准备提起诉讼。她们决定控告得克萨斯州反堕胎法违反了宪法第十四和第九修正案。第十四修正案的合法诉讼程序条款

保证向全体公民提供同等法律保护，它还要求法律的规定应当明确。被指控进行非法堕胎的医生们通常在他们的辩护中援引合法诉讼程序条款，他们声称堕胎法并未足够明确地规定何时孕妇的生命会受到威胁从而有必要实施堕胎。但是，考菲和韦丁顿根据“妇女有自己决定是否堕胎的权利”这一主要原则而得到法庭的裁决。因此，她们求助第九修正案。它宣称：“本宪法赋予的某些权利，不得被解释为否定或轻视公民保留的其他权利。”

在1965年以前，这一修正案意味着任何未被明确授予联邦政府的权利都属于各州。然而到1965年，最高法院通过“格里斯活德诉康涅狄格州”一案改变了这种理解。它的裁决维护了将避孕器具分发给已婚夫妇的权利。法官威廉。O.道格拉斯当时曾为法庭起草理由，他关于第九修正案的论述告别引起了考菲和韦丁顿的兴趣。道格拉斯说，宪法中未列出的权利属于个人，其中一项便是隐私权。考菲和韦丁顿论证说，

隐私权应该保障一名妇女自己决定是否作母亲的权利。

二、初审法院倾向原告 1970 年 5 月 23 日，在得克萨斯州达拉斯的联邦法院，考菲和韦丁顿与辩方律师一起出现在一个三人法官小组面前。诺玛。麦科威——她在本案中化名“简。罗”——未被要求到庭。当时韦德（Wade）是达拉斯县的检察官，所以这个案子被称为罗诉韦德案（Roe v.Wade）。

考菲和韦丁顿已将她们这起诉讼案变成了一宗“共同起诉案”。麦科威的这个举动并非只为了她自己的权益，而且也是为了所有怀孕妇女的权益。论证麦科威的确有权起诉的工作是由考菲完成的。代表州方的杰伊。弗洛伊德宣称，“简。罗”的怀孕肯定已经到了堕胎危险期，因此，她的诉讼应当被驳回，法官们没有同意。韦丁顿解释说，得克萨斯的堕胎法与对第九修正案的解释是相冲突的。第九修正案说，宪

法中所列出的某些权利不得否定“人民”的其他权利。在“格里斯沃德诉康涅狄格州”一案中，法官威廉。O.道格拉斯写道，州不能侵犯一个人的隐私权；他还说，在第九修正案中，“隐私权”是属于“公民保留”的权利。法官们同意了韦丁顿对宪法的解释。

1970 年 6 月 17 日，法官小组公布了它的法庭意见：得克萨斯堕胎法必须被宣布为违宪，因为它们剥夺了单身妇女和已婚夫妇自己决定是否生孩子的权利，而这些权利是受宪法第九修正案保护的。

三、最高法院里程碑意义的裁决第五巡回法院宣布了堕胎法违宪。然而，这家法院并未下令让得克萨斯州停止执行这项法律。正因如此，考菲和韦丁顿直接向美国最高法院提起上诉。最高法院同意听审这起诉讼。

1971 年 12 月 13 日，韦丁顿站到了最高法院。她宣称，得克萨斯州强迫妇女生小孩的法律使得妇女

对于她们自己的生活毫无权利可言。她说，一个尚未出生的胎儿并没有资格受到法律保护。

因为当时庭中只有 7 名法官，所以法官们决定，如此重要的诉讼应重新论证。当两名新任命的法官——威廉。伦奎斯等和刘易斯。鲍威尔——于 1972 年 10 月 10 日宣誓就职后，考菲和韦丁顿又把她们的基本论证向由九名成员组成的审判团重复了一遍。

1973 年 1 月 22 日，最高法院以 7 比 2 的表决，确认妇女决定是否继续怀孕的权利受到宪法上个人自主权和隐私权规定的保护，这等于承认了堕胎的合法化。

代表大多数法官发言的哈里。布莱克门在一个房间里对着众多记者宣读了他的意见。他指出，在美国历史上，认定堕胎为犯罪的法律近年来才出现，在殖民地时代堕胎是合法之举。然而，到了 19 世纪，禁止堕胎的法律开始流行，它们的目的是保护妇女，以免她们的健康受到损害。因为在现代医学中堕胎更加

安全，所以那种反堕胎的理由也就不复存在了。

接着，法官布莱克门说，法院已经同意在过去的裁决中存在着一项“个人隐私权”。随后，他公布了裁决的中心内容：无论它是包含在第十四修正案的个人自由概念和对州行为的限制中，还是在第九修正案的公民保留权利中，隐私权都完全可以包括一名妇女的自由中止自己怀孕的决定。

法官布莱克门不同意得克萨斯州的它有权侵犯罗的权利以保护未出生儿的主张。他讲解了美国宪法中“公民”这个词的用法，并指出它并不包含胎儿。然而，法官布莱克门说，妇女的隐私权和胎儿受州保护之权利的缺乏都并非绝对的。

最后，法官布莱克门在“罗诉韦德案”中的裁决给对立双方提供了一个平衡模式：在孕期的前三个月中，堕胎的决定权由母亲和她的医生保留；在接下来的三个月孕期里，州可以“用与母亲的健康合理相关的方式约束堕胎程序”；在孕期的最后三个月中，州

可以约束甚至禁止堕胎，除非母亲的生命或健康受到威胁。

四、堕胎问题与美国政治堕胎合法化一度导致了美国妇女堕胎人数的激增。据统计，1973 年以来美国每年有近 1500 万人堕胎，占每年怀孕妇女总数的 1/5；在每年的怀孕妇女当中，约有 100 万人年龄在 15-19 岁之间，3 万人年龄未满 15 岁，其中半数以上怀孕少女以堕胎方式终止怀孕。

罗诉韦德案以后，美国反堕胎人士开始有规模地组织各种“保护生命运动”,表达对堕胎法令的不满。这些反对人士大都是保守派或天主教徒，布什总统也是其中一员。一些反堕胎激进分子有时更象恐怖分子，不时闹出一些耸人听闻的暴力事件。比如今年 9 月 3 日因杀害堕胎医生而被处以极刑的第一人保罗。希尔，据称他在临刑前仍丝毫没有悔意，称自己会在天堂得到丰厚的报答，死得越早，便越早升入天堂。

罗诉韦德案的背景本身就相当复杂，正好处在美国女权运动如火如荼的时期。案件争论的焦点在于是妇女选择自由权优先，还是婴儿生命权优先。支持堕胎人士大都是自由派人士，深受 60 年代的女权运动思想影响，认为女人有生殖自由的权利和选择的权利，并应该受到宪法的保护。而反堕胎人士则认为，婴儿也应该有生存的权利，特别是妇女在受孕的晚期，婴儿已经成型，堕胎无异于杀人。不过论辩双方在反对妇女在怀孕第 3 期也就是晚期进行堕胎比较一致，这也是为什么此次参众两院能顺利通过禁令的原因之一。

由于堕胎问题长期的争辩，堕胎话题也成为一道美国政治生活的重要风景线。人们常说这一案件的影响等同于美国的第 2 次内战。历届州长、总统选举，大法官就职，都要对这一问题进行表态。堕胎问题还进入国会，成为预算辩论时的焦点。

自 1973 年以来，美国历届总统对堕胎问题的立

场因受自己的党派、宗教影响也不一样。比如 70 年代，尼克松、福特和卡特执政时期，由于自由主义占主流，美国总统大都心口不一，表面反堕胎，实质政策实施上仍是有利于支持堕胎的自由派。到了 80 年代美国保守主义占上风的里根、老布什阶段，反堕胎运动又有所得势。里根在 1983 年罗诉韦德案十周年之际还发表了一篇题为《堕胎与美国的良心》的演说，尖锐地指出自 1973 年以来 1500 万未出生的婴儿死于合法堕胎，其数字是美国所有战争中死亡人数的十倍。到了 90 年代克林顿执政时期，民主党的克林顿虽然在堕胎问题上强调应“安全，合法和极少进行的”，但对堕胎仍是最大限度地支持。比如在两次参众两议院通过的晚期堕胎禁令问题上，他都使用了总统予以否决。对于小布什总统而言，无论是基于保守派立场还是个人立场，他都是一名坚决反堕胎人士。在 2000 年美国最高法院判决堕胎合法化的十七周年纪念日上，他向上万名反堕胎的示威群众保证“总统与你们

站在同一边”，并宣布“坚决”反对罗诉韦德案的法院判决，这个判决使堕胎合法。

五、2003 烟火又起罗诉韦德案已经过去几十年了，美国的堕胎问题并没有因此更好或者更坏。但也发生了一些富有戏剧性的转变，最出名的当属罗诉韦德案的原告诺玛。麦科威。

在美国，麦科威的名字和堕胎几乎就划了等号。麦科威本人通过在一些堕胎诊所工作，逐渐发现堕胎对于婴儿的非人性；同时，在一个反堕胎的牧师的影响下，她的信仰和心灵就此发生转变。1995 年 8 月 8 日，麦科威在达拉斯一个私人家中的游泳池受浸，从此反对堕胎。这一倒戈行动一时间成为美国头版头条，美国广播公司（ABC）还在现场转播。此后，她又成立了一个“不再柔”（Roe No More）的组织，对堕胎女性和进行反堕胎教育。1998 年，她出版了一本书《被爱征服》，专门讲述她从一个堕胎合法化

象征标志如何转化为一个反堕胎分子的经历。在2003 年 1 月罗诉韦德案 30 周年纪念日的时候，麦科威又要求上诉法院推翻过去的案子，并称自己只是诉讼的工具，当她需要堕胎的时候，压根没有人来理她。

当然，麦科威过去的辩护律师是非常不高兴看到此点的。萨拉。威丁顿说她非常后悔选择了为麦科威的官司辩护。她和另外一名当时的辩护律师琳达。考菲已经同麦科威见了面进行案件交涉。考菲对 CNN 记者称麦科威当年没有丝毫不愿意堕胎的意愿，至始至终她都想要一个安全的、合法的堕胎。当被问及如何看待麦科威的转变时，她拒绝回答。

当然麦科威的转变本质上是无法改变美国自由和保守两派对堕胎的分歧的，他们仍然在为自己的立场作较量。2003 年提交参议院的晚期堕胎禁令报告明确地指出，堕胎是蓄意谋杀婴儿生命，对堕胎母亲身体的长期健康也极为不利。在 2000 年 Stenberg

v.Carhart 案件中，美国法院否决了内布拉斯加州的晚期堕胎禁令，认为禁令语言称述过于模糊，违背了宪法保护个人隐私的权利，并给堕胎妇女带来负担。此外，高法认为晚期堕胎在医学统计上是安全的。

此次晚期禁令的发起者参议员瑞克。桑道伦（Rick Santorum）表示法令一定能抵制来自法律的挑战。他们认为此次法令通过不过是反堕胎运动一个小小的胜利，最终的目的在于推翻 1973 年高法的堕胎法令。民主党人包括参议员法兰克。洛腾伯格（Frank Lautenberg）也称很有信心，相信这项违背宪法的法令将被高法予以否决。支持堕胎的组织除了在法律上对这一禁令进行千般挑剌外，还开始策划明年大选到华盛顿示威。

看来堕胎禁令已经慢慢点燃美国政坛的烟火了。正如法律专家预测的一样，这项争论在小布什总统那里未必能打住，非要闹到高法裁决不可。

晚期堕胎禁令结局如何，我们拭目以待。

第二十二章

“帝王总统”的自我弹劾

——美国诉尼克松案（1974）

对美国现代史略有所闻的人都知道，水门事件引发的政治风暴使尼克松丢掉了总统宝座。但恐怕很少有人知道，尼克松下令将白宫办公室的工作谈话秘密录音是导致他被迫辞职的直接原因。从法律角度看，如果没有白宫录音磁带的存在，尼克松很可能不会辞职下台。尼克松本人曾极为懊悔地哀叹：“我弹劾了我自个儿。”（此语是尼克松 1977 年接受英国著名电视节目主持人弗罗斯特[David Frost]采访时的谈话。）

根据美方已解密的中美首脑会谈档案，1973 年 11 月 12 日，毛泽东主席会见基辛格（Henry Kissinger）博士时半开玩笑地问道：“为什么你们国

内，对水门事件这个屁事那么在乎？” 中方翻译唐闻生说她不能直译“屁事”一词，因为此语意为“放屁”。话到此时，毛泽东以及参加会见的周恩来总理和姬鹏飞外长都笑了。中方解释说，“屁事” 在这里只是个比喻，意为那只不过是小事一桩。

那么，水门案这个 “屁事” 为啥会演变为美国宪政史上前所未有、惊心动魄的大案要案？尼克松究竟是不是水门窃听案的主谋者和策划者？他为何要下令将白宫办公室的工作谈话录音？白宫的录音系统与尼克松下台之间究竟有何关系？美国最高法院在水门案中扮演了何种角色？水门事件对美国宪政体制造成了哪些影响？所有这些问题，都要从 1972 年在水门大厦发生的一起窃听案从头谈起。

一、谁策划了水门窃听案？

水门大厦地处美国首都华盛顿特区西北区风景秀丽的波托马克河畔，由一家五星级饭店、一座高级

办公楼和两座豪华公寓楼组成。大厦正门入口处有一个小型人工瀑布从高处飞流直下，水花飘舞飞扬，使整个建筑群有了“水门”的美称。

水门大厦与市区 15 街的麦迪逊饭店齐名，是美国上层权势社会的象征之一。大厦距国务院和肯尼迪国家表演艺术中心只有两条街，离白宫、国会大厦和五角大楼也很近。公寓楼里的住户大多是内阁部长、国务院高官、参众两院议员和白宫高级幕僚。水门事件中的两位重要角色——尼克松竞选班子的主管、前司法部长米切尔（John Mitchell）和尼克松的女秘书玛丽。伍兹女士（Rose Mary Woods）恰好也是水门大厦的住户。而办公楼的第六层当时是美国民主党全国委员会的总部。

1972 年 6 月 17 日凌晨，水门大厦的保安偶然发现从地下车库通往大厦的门锁两次被胶布贴住，他便立刻报警。当时正在附近巡逻的警车恰好需要加油，警方只得传呼两位便衣特警支援。由于特警身着便服，

所以没有引起望风报警人的注意，结果，警方出其不意地抓获了五个潜入民主党总部安装窃听器和偷拍文件的嫌犯，其中一位名叫麦克德(Jams McCord)的嫌犯曾是中央情报局特工，现任尼克松总统竞选班子（Committee to Re-elect the President）的安全顾问，另外四个伙计是反卡斯特罗的古巴流亡分子。后来的调查发现，负责遥控指挥这次行动的人物居然是白宫特别助理亨特（E.Howard Hunt）和尼克松竞选班子的法律顾问利迪（G.Gordon Liddy）。

那么，尼克松究竟是不是水门窃听案的幕后主谋者和策划人呢？30 年后的今天，历史学家和水门事件专家已经可以比较肯定地回答：第一，尼克松不是这起窃听案的直接主谋者和策划人；第二，尼克松从未批准对民主党总部进行窃听的任何密谋或行动计划；第三，尼克松事先对水门窃听案一无所知，他本人在《迈阿密论坛报》上首次得知水门窃听案，当时感觉这是个玩笑。

从案发现场分析，水门窃听案的具体策划者和指挥者是一帮既无美国政治常识又缺乏基本间谍技术训练的傻冒儿。

首先，对美国政治稍有常识的人都知道，美国宪政体制中的政党只是一种极为松散的组织，所谓民主党全国委员会总部实际上只是一个负责对外公关的事务性部门，绝非党和国家的领导中枢。在水门大厦总部，民主党的竞选班子从未召开过与竞选战略有关的会议，民主党总统肯尼迪和约翰逊执政期间决策内幕的绝密文件更不可能会存放在这里，试图在此地安装窃听器和偷拍绝密文件纯粹是弄错了目标。多年之后尼克松一直都在纳闷，这帮蠢货怎么会对这个毫无情报价值的目标搞窃听？（[美]尼克松：《尼克松回忆录》[中译本]，中册，北京商务印书馆 1979 年版，第 335 页。）

其次，既然要潜入警戒外松内紧、素有“豪门大厦”之称的水门大厦玩政治窃听的脏活儿，那就应当

派出一位训练有素、象特工 007 那样的谍报高手。谁料想，策划者派出了由五位生手组成的浩荡队伍。他们不但撬门扭锁的手艺糟到极点，而且还犯下了用胶布贴住门锁的低劣错误。当便衣特警把他们堵在屋里后，人数占优的这五位仁兄惊惶失措，乖乖地束手就擒，一点儿反抗或越墙而逃的举动都不敢有。

最后，既然窃听行动由白宫幕僚直接指挥，就该有个脱身之策，绝对不能暴露白宫幕僚涉嫌的丝毫马脚。可是，麦克德的身份是总统竞选班子的顾问，在另外两位案犯身上又搜出了白宫助理亨特的私人电话号码。更令人不可思议的是，案发之时亨特和利迪正在与大厦隔街相对的约翰逊旅店（Howard Johnson）遥控指挥，见大事不妙，他们立刻仓惶出逃，竟然遗留了文件箱和连号的百元大钞。《华盛顿邮报》记者根据百元大钞线索持续追踪调查，终于发现这些钱源自共和党的政治捐款和竞选经费。

总之，水门事件留给后人的感觉是：鬼迷心窍、

胆大妄为的白宫幕僚犯下一堆令人难以置信的低级错误，最后把国家最高元首也拖下水，淹得半死不活。

那么，尼克松手下的白宫助理和顾问何以胆大包天策划和施行这起荒唐的窃听案？尼克松一向以精通谋略权术著称，为什么任用这帮傻冒儿充任白宫助理和顾问？此外，既然尼克松最初对水门窃听案一无所知，为何又会丢掉总统宝座？还有一些人义愤填膺，在案后高声质问：“这个骗子是咋当上总统的？”

所有这一切，都要从尼克松的个人经历、他的越战政策、白宫幕僚班子以及美国宪政体制的特点入手分析。

二、“这个骗子是咋当上总统的？”

尼克松 1913 年生于加州，自幼家境贫寒，但始终勤奋好学。他以全校第一名的成绩从中学毕业后同时被哈佛和耶鲁大学录取，但因家境窘迫，只得就读于家乡的三流学府威特尔学院（Whittier College）。

大学毕业后，尼克松获得全额奖学金，就读于著名的杜克大学法学院。1937 年，他以法学院前三名的优异成绩毕业。当尼克松踌躇满志申请华尔街著名律师事务所和联邦调查局的律师职位时，却吃了一连串闭门羹，他只好回到西部老家，屈就在家乡小镇上的一个三流律师事务所里。

当时的联邦调查局绝对是挑花了眼。尽管貌不惊人，但尼克松绝对是一个心雄万夫、野心极大的人物。二战期间他参加海军，屡获嘉奖，官拜少校。1946 年，33 岁的尼克松刚刚脱下军装，缺乏从政经验，但却冒险决定竞选国会议员。在当时美苏冷战和保守思潮高涨的背景下，他采取指责民主党对手是“新政共产党人”的竞选策略，以微弱优势获胜，成为当时最年轻的众议员之一。1950 年，尼克松故伎重演，经过一场指责对手亲共和带有强烈人身攻击色彩的激烈选战，他赢得了国会参议员的席位。

在尼克松早期政治生涯中，反共是一个非常突出

的特点。在众议院，他大力支持杜鲁门政府的遏制战略，积极参与调查共产党人渗透和颠覆美国政府的活动，在著名的希斯间谍案中一举成名。（希斯[Alger Hiss]曾任美国国务院官员，民主党人，于 1948 年被指控是华盛顿特区美国共产党间谍网成员，曾向苏联提供国务院机密文件。后因伪证罪被判刑 5 年。）在参议院，他一度追随麦卡锡参议员推行臭名昭著的麦卡锡迫害活动。

1952 年，年仅 39 岁的尼克松赢得共和党提名，出任艾森豪威尔将军的竞选搭档。1953 年，他成为美国历史上第二个最年轻的副总统。（美国历史上最年轻的副总统是布莱金瑞奇[John Breckinridge]，他 36 岁时出任布坎南总统[James Buchanan，1857-1861 任职）内阁的副总统。）

与深受克林顿器重的戈尔（Albert Gore）和在小布什（George W.Bush）内阁中权倾一时的切尼（Richard B.Cheney）这两位副总统不同，尼克松

在艾森豪威尔政府中倍受冷落。在八年副总统生涯中，他的角色大致相当于国务院礼宾司司长。作为总统的外交特使，尼克松迎来送往，马不停蹄，先后出访过 53 个国家，获得了丰富的国际事务和外交政策方面的经验。1959 年他出访莫斯科时，因与苏联领导人赫鲁晓夫进行了著名的“厨房辩论”而名声大振。（1959 年访苏期间，在莫斯科“美国住房展览会”开幕式上，尼克松与赫鲁晓夫在“厨房展厅”进行了一场针锋相对的激烈辩论。因这次辩论，尼克松赢得了“勇敢面对”苏联领导人的声誉。）

1960 年，尼克松出马竞选总统，经历了一次令人心碎的失败。大选前夕，他与民主党候选人肯尼迪进行了美国总统选战中第一次电视直播辩论。当时，收音机前的多数听众认为，才思敏捷、思想深邃的尼克松略占上风，但电视机前的多数观众，尤其是女性观众却一致认为，家世显赫、哈佛毕业、形象英俊、风度迷人的肯尼迪占居了绝对优势。一个月后，尼克

松以微小劣势败北。在普选选票中，肯尼迪得票率为49.7%，尼克松得票率为49.5%，两人只相差千分之二。共和党的选举专家认为，尼克松实际上是输在新闻媒体搞的电视辩论上了。林肯总统其貌不扬，若搞电视辩论，他恐怕也是输多赢少。

大选刚结束，就传出了民主党舞弊和重复投票的丑闻。在当时共和党的传统地盘伊利诺伊州和得克萨斯州，肯尼迪获得的选票居然大大超出这两个州民主党登记选民的人数。面对选举舞弊的传闻，尼克松比2000年大选时的戈尔有风度得多，他坚持不同意重新计票。在其名著《六次危机》中尼克松写道："如果我要求重新计票，新政府的组织以及旧政府对新政府在职权上有秩序的移交就可能推迟数月，整个联邦政府内部局势将乱成一团。……依我看来，将会在全国造成无法估计的和持久的损害。"（尼克松：《六次危机》[中译本]，下册，北京商务印书馆1972年版，第628页。）

可是，新闻媒体并不赏识尼克松的君子风度。美国新闻界历来是“自由化”的大本营，基本政治立场属于中间偏左，而尼克松是极右派，靠反共成名，并一度积极支持麦卡锡，与新闻界结怨极深。尼克松也缺乏里根和克林顿那种擅长与媒体打交道的天赋，在当时的媒体笔下，尼克松以擅长权术著称，被封上了“狡猾的迪克”（Trick Dick）的恶名，其言谈举止也常常是主流媒体和脱口秀节目挖苦的对象。

两年后，尼克松竞选加州州长之职，再次一败涂地。由于连遭败绩，而且面对充满敌意的媒体，尼克松黯然神伤，不得不退出政治舞台，在纽约开了一家律师事务所。在宣布退出政坛的记者招待会上他愤愤不平地向媒体表示：“今后不会有个叫尼克松的人让你们踢来踢去了。”

当时多数观察家认为，今生今世“狡猾的迪克”将与政治无缘了。但实际上尼克松只是暂时偃旗息鼓，暗中仍在积蓄力量，谋划东山再起。1968 年，他抓

住民主党总统因越战政策失误而大失民心的良机，冒险出山，打出了结束越战、从重打击刑事犯罪、恢复法律和秩序的旗帜，再次出马竞选总统。凭着屡败屡战的韧性和高瞻远瞩的谋略，他终于险胜民主党对手，登上了总统宝座。

虽然攀上了权力的顶峰，但尼克松的内心深处却总有一种不安全感。作为一个职业政客，他一生中相当多的一部份时间不得不花费在其本人深恶痛绝的各种竞选活动中。他虽然靠竞选出人头地，但历次竞选期间经受的巨大精神压力、目睹的世态炎凉和媒体对他的刻薄攻击和讽刺挖苦，以及一度连遭败绩的惨痛经历，都已成为他心中永远的痛。

另外，尼克松的口才和仪表平平，缺乏伟大人物那种举重若轻、超凡出众的个人魅力（Charisma），而且早年还有被联邦调查局和著名律师事务所拒之门外的尴尬经历。这些因素和经历对他的性格影响颇深。当年深受尼克松提携、重用的基辛格博士曾在回

忆录中多处描述了尼克松既刚愎自用、过份自尊又优柔寡断、自负自卑的性格。曾在尼克松的竞选班子中出任首席经济顾问的格林斯潘（Alan Greenspan）也注意到，尽管尼克松是自威尔逊总统（任期1913-1921，曾任普林斯顿大学校长）以来智商最高的美国总统，但这位总统大人平时的谈吐行事却不够自信。

对于即将来临的1972年总统选举大战，尼克松疑神疑鬼，焦躁不安。一方面，他极想连任总统，以美国历史上首位干满两届副总统和两届总统的身份主持1976年美国独立二百周年庆典；另一方面，他又缺乏战而必胜的信心，对竞选连任的前景忐忑不安。尼克松左右的亲信知道，1960年大选以千分之二差距“险败”，对尼克松身心伤害极深；1968年大选以微小差距“险胜”，同样使尼克松胆颤心惊。为了确保在1972年大选中获胜，他的竞选班子决心不惜任何代价，寻找能够击中民主党候选人要害的重磅炮弹，

以求增加竞选胜利的保险系数。

三、“沉默的大多数”和“管子工”

美国深陷越战泥潭是影响尼克松连任的最大障碍。越战失败不仅削弱了美国的国际战略地位，而且引发了国内的分裂和动乱。声势浩大的反战示威、规模空前的黑人种族暴乱、激进失控的校园反政府运动与因军费浩大而引发的通货膨胀和经济衰退相互交织，使美国社会陷入了前所未有的无序和混乱。在1968 年向尼克松移交这个烂摊子时，约翰逊（Lyndon Johnson）总统忧心忡忡地说：“当前国内外的各种问题，也许比林肯以来的历届总统面临过的问题都要严重。”

尼克松是位现实主义政治家，崇尚实力地位，他结束越战的方针很明确，那就是“先打再谈、体面撤军”。在他看来，战场上得不到的东西，谈判桌上同样得不到。只有施加强大的军事压力，才能迫使对手

回到谈判桌上，接受对美国有利的停战条件。用他自己的话说："法国曾为留在越南而战，美国却为撤出越南而战。"（尼克松：《不再有越战》[中译本]，北京世界知识出版社 1999 年版，第 124 页。）

可是，这种"先打再谈、体面撤军"的战略必然会引起国会、新闻媒体和广大民众的强烈反对。在美国分权制衡的政治体制中，甚至高度机密的外交政策也是通过各权力部门之间的相互作用来体现的。除了总统、白宫幕僚和行政机构之外，其它各种力量如国会、政党、利益集团、新闻媒体、民意、思想库等同样参与或影响决策。这种宪政民主体制的明显弱点是极易泄密、相互扯皮和决策效率低下。法国著名政治学者托克维尔认为："在指导国家的对外关系方面，民主政府绝对不如其它政府。"（〔法〕托克维尔：《论美国的民主》[中译本]，上册，北京商务印书馆 1991 年版，第 260 页。）美国最高法院大法官布兰戴斯（Louis D.Brandeis，1916-1939 任职）也曾指出：

“1787 年制宪会议奉行分权原则不是为了提高效率，而是要杜绝专权。”

作为政界老手，尼克松对美国政治制度的弱点洞若观火。为了尽快摆脱越战僵局，他独断专行，铤而走险。1969 年 2 月，尼克松连招呼都不向国会打一声，下令秘密轰炸北越在柬埔寨的军事基地和军用公路“胡志明小道”，悍然将越战扩大到柬埔寨。柬埔寨当时的国家元首西哈努克亲王巴不得美国空军早点儿把北越军队炸走，所以对美军狂轰滥炸一声不吭。而北越自知在中立国建立军事基地理亏，挨了炸弹却也不敢声张。这样，这场不宣而战的秘密战争开打几个月后才被《纽约时报》于 1969 年 5 月 9 日曝光。尼克松如此目中无人、大胆妄为，把参众两院议员们气得死去活来。

轰炸事件曝光后，引发了国内更为激烈的反战抗议浪潮。尼克松一不做、二不休，干脆派遣数万美军大举入侵柬埔寨，彻底扫荡北越的后勤基地。更有甚

者，他后来冒着与中国和苏联摊牌的风险下令对北越进行大规模战略轰炸，封锁北越领海，切断来自中国和苏联的军事援助。前任总统们十几年来不敢任意胡来的事，尼克松一夜之间几乎全干了。这一系列战争升级行动激起了全美各地空前绝后的反战高潮，大学校园里瓦斯弥漫、警棍横飞，国会两院中争执不休、吵成一团，一些国会议员强烈要求弹劾“战犯”尼克松。

新闻媒体当然更不会放过尼克松。1969 年 4 月 1 日，国家安全委员会向尼克松提出了结束越战的几套预案，其中包括一项单方面撤军的参考预案。五天之后，《纽约时报》就透露消息说美国正在考虑单方面撤军。对南越阮文绍政权来说这无疑是晴天霹雳，北越军民则士气大振。同年 5 月 1 日，《纽约时报》又泄露了美国战略核力量的国防机密，其中包括美国战略导弹系统的各种改进方案。尼克松对泄密恨之入骨，他告诫白宫幕僚：“切记，新闻界是我们的敌人。”

更要命的是，1971 年 6 月，国防部前雇员艾尔斯伯格（Daniel Ellsberg）出于反战目的，将工作之便获得的一批美国越战决策的绝密文件捅给了《纽约时报》和《华盛顿邮报》。这些文件清楚地表明，美国政府在越战问题上误导和欺骗了美国人民。由于这些文件涉及国防机密，联邦司法部心急如焚，要求联邦法院立即下令禁止新闻媒体发表绝密文件。司法部认为，公开这些绝密文件，其后果将是增加美国军人的伤亡，破坏盟国之间的合作，极大地增加与敌方谈判的困难并延长越南战争。

可是，联邦最高法院在著名的“五角大楼文件泄密案”（纽约时报公司诉美国[New York Times Co.v.United States，1971]）中以 6 比 3 三票之差拒绝了司法部的请求。在法院判决书中，大法官斯图沃特（Potter Stewart，1966-1986 任职）有针对性地指出：“与议会制政府的总理相比，美国总统在国防和外交这两个重要权力领域中拥有巨大的宪法独

立性。”“由于缺乏宪法在其它领域中的制衡机制，对国防和外交领域的政策和权力的唯一有效的限制只能来自开明的公民团体。只有具备必要信息和批评精神的公众舆论才能保护民主政府的价值。”斯图沃特的结论是：“尽管我认为政府行政部门关于秘密文件的观点在某些方面是正确的，但我不能说文件的透露会对国家和人民造成直接、立刻和不可挽回的损失。”

在结束越战问题上尼克松扮演了一个难度极大的角色。他既要进行大规模军事冒险，又要通过艰难的外交谈判促成停战和撤军，同时还要应付国内反战运动、新闻媒体的抨击、政府内部的泄密和坚决维护新闻自由的联邦最高法院。面对内外交困、腹背受敌的局面，为了稳住阵脚，缓解危机，尼克松采取了两项影响深远的措施：一项是向“沉默的大多数”（Silent Majority）直接呼吁，另一项是下令建立白宫的反间谍班子一“管子工”（Plumbers）。

“沉默的大多数”是尼克松发明的政治术语。按

照尼克松的保守观点，那些鼓噪抗议、反对越战的人其实只是美国社会中的少数人。这些反战分子焚烧国旗、拒服兵役、诋毁上帝、放任自流、吸毒乱交。由于新闻媒体的撑腰，他们游行示威、大喊大叫，让人误以为是美国社会中多数人的意见。但实际上，大多数美国人并不希望国家陷入一败涂地、分裂动荡的局面。可是，由于媒体的片面报导，大多数美国人处于沉默之中。尼克松坚信："我制定的政策是为国家的利益服务，而不是为了满足大喊大叫的少数人。"([美]莫尼卡。克罗利：《冬天里的尼克松》[中译本]，南京江苏人民出版社 1999 年版，第 351 页。)

为此，1969 年 11 月 3 日尼克松向全国发表电视讲话。他呼吁："伟大的同胞们！沉默的大多数！我请求你们的支持。""让我们团结起来争取和平，让我们也团结起来避免失败。我们应当懂得：北越不能使美国失败或丢脸，只有美国人自己才能使美国失败或丢脸。"(《尼克松回忆录》，中册，第 57 页。译文

根据英文原版有所改动。）这次电视演说获得了空前的成功，在听过演说的美国人中尼克松的支持率高达77%，白宫还收到了8万多封表示支持的电报和信件。民众一定程度的支持，为尼克松实施“先打再谈、体面撤军”战略赢得了回旋余地。

自恃赢得了“沉默的大多数”的认同，加上后来在外交领域的重大突破和停战撤军的初步成果，尼克松有点儿得意忘形，自认为可以超越党派束缚，直接与民众对话，赢得大选胜利。在筹备1972年大选时，尼克松一反常规，抛开了传统的共和党助选机器，自己筹建竞选班子。事实证明，尼克松此举不但使自己在党内树敌众多，而且为水门窃听案埋下了伏笔。参议院水门事件调查委员会主席厄尔温（Sam Ervin，Jr.）认为：“如果尼克松总统将竞选连任的任务委托给共和党的助选班子，那就不会有水门事件。共和党的班子能够分辨，像水门窃听这样的行动已超出了政治的范围。可是，尼克松却把控制竞选的大权交给了

自己的亲信。这帮人除了是他的心腹之外，在政治和政府事务方面几乎毫无经验。”

“管子工”是白宫反间谍班子的代号，因其任务是调查泄密原因和堵塞漏洞，故名。尼克松认为，泄露政府的外交和军事情报都是通敌叛国行为，必须认真调查，严厉惩处。可是，由于新闻媒体受宪法第一修正案保护，所以调查的重点只能集中在政府部门。出任总统后，尼克松无视宪法对公民隐私权的保护，以保护国家安全为名下令对涉嫌泄密者进行大规模电子窃听和信件检查。1971 年 6 月，在“五角大楼文件泄密案”中败诉后，尼克松大发雷霆，下令白宫幕僚可以在保护国家利益的名义下，采取各种必要的手段和措施，对泄密行为进行监视和打击。“管子工”成立后，大肆调查涉嫌泄密者的各种线索，肆无忌惮，不择手段。他们曾经夜闯艾尔斯伯格心理医生的办公室偷窃医疗档案，企图寻找证明艾尔斯伯格是共产党间谍的罪证。更有甚者，“管子工”还暗中策划，打

算在自由派思想库布鲁金斯学会（Brookings Institution）投掷燃烧弹，然后趁乱找回丢失的政府机密文件。但由于风险过大，战绩平平，“管子工”于 1971 年底宣告解散，其部份成员转到尼克松的竞选班子当差。半年之后，正是利迪和亨特这两位原“管子工”中的干将在水门事件中惹出了弥天大祸。

利迪是律师出身，打过韩战，当过检察官，干过联邦调查局特工，受过一点儿驾驶飞机、低空跳伞、擒拿格斗之类的训练。亨特是中央情报局特工出身，曾负责秘密召募和训练古巴籍雇佣军，参与过 1961 年的“猪湾入侵”军事行动。（1961 年 4 月，中央情报局装备和训练的 1400 余名反卡斯特罗的古巴流亡分子乘美国运输舰在古巴南海岸的猪湾[Bay of Pigs，又译吉隆滩]地区登陆。这次军事行动在登陆短短两天后被彻底击败。）但是，利迪和亨特都没受过真正的间谍训练，也缺乏这方面的经验，比如，他们主持的偷窃医疗档案行动采取的手法竟然是破窗而入、砸

开保险箱瞎翻的“业余”手段。

利迪和亨特虽然见识短浅、武功平庸，但却是野心勃勃、胆大妄为之徒。他们名义上担任竞选班子的法律顾问和白宫特别助理，实际上负责搜集民主党对手情报和实施特种行动。由于《华盛顿邮报》专栏作家安德森（Jack Anderson）在专栏文章中泄露了一些机密，利迪和亨特便谋划了几套暗杀安德森的具体方案。由于白宫高级幕僚担忧引火烧身，这项暗杀行动最终没有付诸实施。

1972 年 1 月，在联邦司法部长办公室，利迪向司法部长米切尔、白宫律师迪安（John Dean）等人提交了搜集情报和打击对手的计划。其主要内容为：窃听民主党人电话，偷拍秘密文件；雇佣妓女勾引民主党竞选班子成员和总统候选人，用隐藏的摄像机偷拍淫秽场面，以此讹诈对手和换取情报；打击那些在幕后组织示威、破坏共和党全国代表大会的民主党人士，把这些危险人物秘密绑架到拉丁美洲国家。听完

这个荒谬绝伦的计划，即将辞职出任竞选主管的米切尔表态说："希望你回去想想，拿出一些更现实的方案。" 遭到上司否决后，迪安让利迪又制定一套新的方案。在新计划中，利迪删去了不够"现实"的部份，保留了窃听和偷拍文件的行动。

不过，利迪虽然制定了窃听和偷拍文件的计划，但他并没有锁定水门大厦。利迪后来在回忆录中声称："我知道，我从未选定将水门大厦作为窃听目标。我一直认为这是个很傻的想法，因为有其它更好的选择。"

究竟是谁策划和下令闯入水门大厦搞窃听，至今仍然莫衷一是、众说纷纭。20 多年之后，经水门事件专家考证，幕后策划人是白宫律师迪安。

四、白宫幕僚与"帝王总统"

可以说，如果没有越战引发的反战运动和泄密问题，很可能就不会有成事不足、败事有余的"管子工"；

如果没有素质低劣、胆大妄为的“管子工”，很可能就不会有水门事件。

那么，尼克松为啥放着中央情报局、联邦调查局这些现成的情报特工部门不用，偏要另起炉灶，组建白宫“业余” 反间谍班子呢？其主要原因是，在美国的宪政体制中，总统必须和其它部门分享权力。中央情报局和联邦调查局虽然在原则上对总统负责、归总统领导，但国会和联邦法院也有权监督和限制这两个部门的权力。它们都必须按期向国会报告工作，回答国会质询，接受国会监督。根据 1947 年《国家安全法》，国会严禁中央情报局进行国内情报活动和干涉国内事务，而联邦调查局的行动必须遵循联邦法律的程序。

尼克松上台之初曾下令联邦调查局采取行动，对涉嫌泄密者的办公室和私宅进行电子窃听和跟踪检查。可是，由于这种侵犯公民宪法权利的行动未经法院授权，联邦调查局局长胡佛（J.Edgar Hoover）一

方面勉强同意部署窃听，一方面又借此要胁白宫，要求继续任命他担任局长。尼克松执政初期，胡佛局长和中央情报局局长赫尔姆斯（Richard Helms）都是民主党人，他们与罗斯福（Franklin Roosevelt）、肯尼迪（John F.Kennedy）、约翰逊等民主党总统关系密切、称兄道弟，对共和党总统尼克松却是一付公事公办的态度。由于最高法院在最新判例中对电子窃听予以严格限制，联邦调查局后来干脆拒绝与白宫合作。

在此背景下，为了继续进行非法调查和窃听，尼克松唯一可以信赖的部门只能是总统的幕僚班子。

美国总统的幕僚一般通称为白宫班子（The White House Staff）。立宪建国之初，美国总统的幕僚只是白宫里的办事员和勤杂人员。一战时期的学者总统威尔逊总共也只有三位行政助手，常常是他本人负责起草和回复白宫的大部份文件和信函。直到 20 世纪 30 年代，罗斯福新政大大强化了联邦政府行政

部门的权力。经 1939 年《行政改组法》授权，罗斯福总统正式建立了总统助理和幕僚班子。此后，历届总统都利用行政命令和立法创议等方式不断扩大幕僚班子的规模和权限。

在尼克松执政时期，白宫班子的地位和权势登峰造极。白宫班子主要由白宫办公厅、国家安全委员会、行政管理和预算局、经济顾问委员会、政策发展办公室等部门组成，其主要成员包括白宫办公厅主任、白宫新闻发言人、国家安全事务助理、国内事务助理、总统经济顾问以及其他各种冠以总统助理、特别助理、高级顾问、特别顾问之类头衔的总统私人助手。这些机构和人员皆由总统自行任命，受总统直接领导，无需参议院同意和批准。尼克松上台后把白宫班子的规模扩充到 3000 余人，比罗斯福时期增加了 10 倍以上，白宫幕僚大有取代内阁行政部门成为总统决策和施政的主要工具之势。

在美国的宪政体制下，内阁部长的提名和任命往

往受到党派政治、利益集团、族裔比例、政治选区、国会批准等复杂因素的制约，所以，很多内阁部长并非总统的心腹或忠诚追随者。正因如此，林肯、威尔逊、罗斯福、尼克松这类“强人总统”都不喜欢正式的内阁会议，重大决策极少经过内阁讨论。另一个背景原因是，内阁各部机构庞杂，官僚主义盛行，决策效率低下，使总统望而生畏。此外，内阁各部中的职业文官背景复杂，难以驾驭，他们对走马灯般更换的总统并不忠心耿耿。因此，总统对行政部门的忠诚程度和保密能力一向缺乏信心。

相比之下，白宫幕僚班子能够比较好地满足总统的保密和权势需要。幕僚们长期追随总统，善于领会总统意图，对总统唯命是从，是总统意志最忠实的执行者。他们利用能够经常接触总统的机会出谋献策、参政议政、争权夺宠、竭尽效忠，直接参与重大决策的制订和具体执行，严重侵犯了传统上属于行政部门的职权。正是这些“既非民主选举产生，又未经立法

部门批准任命的无名助手，对美国外交和国内政策作出重要决定”。这一违反民主原则现象的出现是制宪先贤始料不及的。

与内阁各部相比，白宫幕僚班子具有精明强干、反应敏捷、指挥灵活、智囊众多、富有创意的优点，在集中总统权力、协调政府各部门工作、提高行政效率等方面起到了良好作用。但是，总统重用白宫幕僚并使其凌驾于内阁之上极易造成严重弊端。

首先，大量权力掌握在白宫幕僚手中，使国会对行政部门的监督失去意义，破坏了美国宪政体制中分权与制衡的基本原则。

其次，白宫幕僚只对总统一人负责，他们溜须拍马、阿谀奉承，借机追求个人荣耀和影响高层决策的权势，使民选总统养成唯我独尊的帝王心态，使民主政府染上总统个人专制色彩。

最后，白宫幕僚的升降沉浮全凭总统一句话，为了得到赏识和重用，一些志大才疏、野心勃勃的无名

之辈不惜铤而走险、违法乱纪、滥用权力，一旦闯出大祸必将殃及总统。

另外，总统选择幕僚时往往比较注重个人忠诚而非经验或能力。尼克松因缺乏领袖个人魅力，所以在这方面显得格外突出。他所重用的高级幕僚，除前哈佛大学教授基辛格外，绝大部份都是当年律师事务所的合伙人或竞选班子成员出身。这些高级助手虽然对总统忠心耿耿，但却缺乏从政经历以及与国会和媒体等权势集团打交道的经验，对情报和特工部门也不熟悉，经他们招兵买马、筹划组建的白宫班子难免泥沙俱下、鱼目混珠，最后终于惹出了弥天大祸。白宫幕僚们也都是一些“正道”出身的人物，若论盗窃文件、窃听洗钱、绑架暗杀之类的武功，他们与心黑手辣的黑手党相差甚远。在整个水门事件过程中，尼克松的幕僚表现出的应对危机的能力实在令人不敢恭维。

尼克松上台后，白宫幕僚不但成为总统决策高参，而且成为直接处理内政外交日常工作的具体部门。

在尼克松授权下，总统国内事务助理埃立希曼（John Ehrlichman）专横跋扈，把涉及国内事务的行政部门置于自己领导之下，内阁部长竟然要定期向他汇报工作。白宫办公厅主任霍尔德曼（H.R.Haldeman）权倾朝野，主持处理综合性大政方略，未经他点头，内阁部长和国会议员都无法面见总统，以致有总统“看门狗”（the president's son of bitch）之称。当尼克松出访时，霍尔德曼实际担负“代理总统”的重大职责，副总统阿格纽（Spiro Agnew）纯粹是个摆设。这种现象逐渐引起参众两院的关注和不满。

在外交领域，总统国家安全事务助理基辛格大权独揽，成为尼克松制定外交和军事战略的主要顾问。他们两人对外交战略的看法极为一致：超越意识形态，注重国家利益，迷信秘密外交，忽视民主程序。基辛格惯用瞒天过海之术，把国务卿罗杰斯（William Rogers）、国务院、参议院外交和军事委员会以及无

孔不入的新闻界全都蒙在鼓中，象个超级间谍一样进行全球秘密外交活动，接连走出怪招险棋，诸如缓和中美关系、结束越南战争、签订美苏限制战略武器条约、中东和平谈判等重大外交活动竟然都以秘密外交的手段完成，而尼克松则以突然袭击的方式用电视讲话向全世界宣布秘密外交的惊人突破，把毫无心理准备的新闻界、内阁行政部门和国会震惊得目瞪口呆。由于早年的反共背景，当打破中美关系坚冰时尼克松反而无所顾忌，大胆地往前走。相比之下，民主党和新闻媒体的自由派因担心被扣上“亲共”的帽子，根本没有魄力提出一项改善中美关系的外交战略。

人们可能会有疑问，宪政法治号称是美国的立国之本，三权分立号称是美国政治的基本特征，可是美国总统在外交和军事领域的行为有时简直就象罗马帝国的专制帝王。这种奇怪现象常常使一些崇拜美式民主的人们深感疑惑和失落。

这个问题，实际上与美国宪法对总统外交和战争

权力的含糊规定以及外交和军事的特殊性质有直接关系。根据宪法，外交事务的权力由总统和国会分享。比如，总统有权代表国家与外国缔结条约和任命大使，但缔结的条约和任命的大使需经参议院批准。但是，在实际运作中，由于外交事务具有高度保密和机不可失的特点，必须及时作出反应和果断决策，不可能事事经过民主程序由议事公开、反应迟缓的国会主导决策，这样，总统必然在外交事务中居于支配地位。在寸土必争、弱肉强食的国际社会中，外交的实质是在综合国力的基础上以各种手段追求国家利益的最大化，使用武力是外交的实力基础和解决国际争端的终极手段，因此，在外交政策领域不可能象国内政治那样强调分权制衡和民主程序。但是，尼克松和基辛格搞的“秘密外交”的确有点儿走火入魔，必然引起国会和行政官僚部门的极度不满。

在战争权问题上，美国宪法明文规定只有国会拥有宣战权。然而，总统作为武装部队总司令在实际运

作中掌握了战争权力。历届总统都认为：兵贵神速，机不可失，当国家安全处于危急状况时总统有权作出紧急军事决策。在立宪建国后短短 200 余年中，美国总统调遣军队出国作战高达 150 多次，但只有 5 次由国会正式宣战——即 1812 年美英战争、1848 年美墨战争、1898 年美西战争和两次世界大战。二战后美国进行的几场大规模战争和军事行动，如朝鲜战争、封锁古巴、越南战争、入侵柬埔寨等军事行动，事前都未经国会授权或批准。其中以尼克松秘密下令轰炸柬埔寨之战最为恶劣。1973 年，美国著名学者小阿瑟。施莱辛格惊呼：在战争与和平这种生死攸关的问题上，美国总统已成为“专制帝王”（absolute monarch）。

值得注意的是，尼克松执政时期“帝王总统”的权力已出现由外交和军事领域扩展到国内政策的趋势。如总统未经国会授权便擅自撤销经济机会办公室（The Office of Economic Opportunity）；总统采

取拦截国会拨款的手段胁迫国会；白宫建立秘密特工机构“管子工”，采取各种非法手段打击国内政敌；白宫幕僚大权独揽，凌驾于内阁行政部门之上。这些与宪政法治精神背道而驰的反常现象引起了国会和媒体的极大不安和警觉。恰恰在这个时候出现了水门事件。

五、小记者穷追不舍 女老板背后撑腰水门案事发之初媒体并不重视，《纽约时报》只在极不显眼的角落刊登了这则消息，当时更没人想到此案会牵涉白宫。在当时的民意测验中，尼克松的支持率已领先民主党对手高达 28%之多（64%对 36%），根本没必要搞这种小动作。

但是，有一家报纸却死死揪住水门事件不放，它就是《华盛顿邮报》。

6 月 17 日案发之日恰好是个风和日丽的星期六，《华盛顿邮报》的大牌记者们都已外出度假，没法子，

值班编辑只得呼叫两位初出茅庐的“三流”记者伍德沃德（Bob Woodward）和伯恩斯坦（Carl Bernstein），让他们在周末加班加点调查和采访此案。两位年轻记者好高骛远，听说这是一个“三流盗窃未遂案”，起初心中老大不乐意。当时没人会相信，他们对水门案的调查和报导会改变美国历史。

伍德沃德是耶鲁大学毕业生，当过海军军官，头脑敏锐，胸有韬略。他曾被哈佛大学法学院录取，但却临时改变主意，一门心思要当个新闻记者。可是，在《华盛顿邮报》无薪试用实习两周后，因文笔平平被扫地出门。看来，当邮报记者比考哈佛耶鲁还难。但他不灰心，三天两头打电话缠着主管编辑，把编辑弄得不胜其烦。这位编辑的妻子建议：这种死打烂缠的主儿似乎适合当个调查记者。就这样，伍德沃德侥幸在水门案发生前不久重回邮报。

伯恩斯坦才华横溢，富有创意，文字能力很强，但漫无纪律，吊儿郎当。他曾将租来的车忘在停车场，

给邮报造成巨额赔款。水门案前，报社正在考虑解雇他。

正是这两个不起眼的小记者，以政治侦探的毅力和冒险精神发现并挖掘出了美国历史上最大的政治丑闻。

案发当天下午，嫌犯在法院接受预审，主要程序是在法官面前过一下堂，安排一下保释待审事宜。伍德沃德前去旁听，但无精打采。当法官询问嫌犯麦克德的职业时，此公小声回答："安全顾问。"法官追问："哪儿的安全顾问？"他答非所问："最近刚从政府部门退休。"法官再问："哪个政府部门？"但麦克德的回答象蚊子嗡嗡一样。法官大怒，厉声问道："到底哪个政府部门？"麦克德轻声答复："中央情报局。"听到这个答复，原本昏昏欲睡的伍德沃德兴奋得差点从旁听席上跌落。他敏锐地感到，这回有可能歪打正着，一不留神碰上了个惊天动地的大案要案。

次日，两位记者通过警察局的内线偶然得知，在嫌犯身上搜出的通信录中有亨特的名字和私人电话号码，旁边注有英文缩写“W.H.”。“W.H.”的意思可能是妓院(Whore House),也可能是白宫(White House)。在美国的 50 个州中，卖淫业仅在西部内华达州合法（美国是联邦制国家，50 个州有各自不同的 50 部州宪法和刑法，内华达州经民主程序立法规定卖淫业属于合法经营，联邦政府对此无权干预），难道这帮窃贼与远在西部的卖淫集团有瓜葛？两位记者判定还是白宫的可能性比较大。于是，伍德沃德试着给白宫打了个电话，想证实一下有无亨特其人，没想到竟然查到了亨特的下落。伍德沃德在电话中出其不意地问道 :为什么在水门案犯的身上有你的名字和电话号码？亨特毫无心理准备 ,措手不及 ,他惊叫 :“天啊 !”(〔美〕鲍勃。伍德沃德、卡尔。伯恩斯坦著、杨恒达译 :《总统班底—两个小人物是如何改写美国历史的》，北京中国工人出版社 2001 年版，第 15

页。）接着，通过查找电话记录，两位记者发现水门案中的一个嫌犯曾打过很多电话给尼克松的一个竞选办公室，在那里办公的是两个律师，其中一人名叫利迪。

于是，6 月 20 日《华盛顿邮报》头版以醒目标题爆出新闻："白宫顾问与水门窃贼有染。"同时还附带一幅漫画：两个警探在调查脚印，脚印一个接一个地最终引向白宫。

接着，两位记者再接再厉，经过一番艰苦卓绝、惊险百出的调查，加上尼克松政府中一位身居要职的神秘人物提供线索，面授机宜，案情又获得重大突破。他们发现，一笔私人竞选捐款先以洗钱的方式转到墨西哥一家银行，然后存入水门案犯的银行账户。这说明，尼克松竞选班子与水门事件有千丝万缕的瓜葛。《华盛顿邮报》决心穷追不舍，查个水落石出。一篇又一篇的揭秘文章，象一颗又一颗炸弹在美国政坛不断爆炸。

在水门调查案中，向两位记者提供线索的那位神秘高人至今仍然是美国政治史上最大的谜团。为了保护消息来源，此公被冠以“深喉”（Deep Throat）的绰号。根据当年的君子协议，只有当“深喉”逝世之后他的真实身份才能被公之于众。在水门事件中，“深喉”是一个至关重要的“告密者”，他提供的情报准确而致命，帮助两位记者由表及里地逐步揭开了水门事件的内幕。更重要的是，如果没有“深喉”提供情报、指点迷津，《华盛顿邮报》的总编辑和老板恐怕不敢轻信两个“三流”小记者的“侦探故事”。

《华盛顿邮报》对水门事件的揭露和报导起初多数是大胆推理和猜测。照常理，尼克松的竞选班子可以采取诽谤诉讼的手段上告联邦法院，要求报社要么提供真凭实据或消息来源的真实身份，要么趁早准备好巨额罚款。可是，由于联邦最高法院 1964 年《纽约时报》诉萨利文（New York Times Co.V.Sullivan，1964）案判例的保护，也由于尼克松竞选班子做贼

心虚，他们始终没敢用打诽谤官司的办法对付《华盛顿邮报》。对此，连伍德沃德也觉得有些意外。

对于新闻媒体报导水门案和五角大楼文件案时采取“双重标准”，尼克松颇为不满。他认为，对艾尔斯伯格非法泄露国防部绝密文件一案媒体坚决支持，可是，对于闯入民主党总部企图窃听政党机密但并未得手这种较小的案件媒体却慷慨激昂、满腔义愤。尼克松挖苦说：“既然《纽约时报》因发表五角大楼秘密文件而获得普利策奖，我们也可以照此办理，最好由谁发表一篇演说，强烈要求授予水门大厦闯入人员以同样奖金。”（《尼克松回忆录》，中册，第 339 页。）不过尼克松大概忘了，新闻媒体监督的对象是滥用权力的政府，而不是揭露政府内幕的小民百姓。

《华盛顿邮报》承受白宫压力最大之时是尼克松赢得 1972 年大选之后。从选举人票看，尼克松在 49 个州获胜，得票率高达 96.8%，民主党对手仅在马萨诸赛州和华盛顿特区市获胜，得票率为 3.2%.自恃有

“沉默的大多数”支持，尼克松连任总统后便部署打压《华盛顿邮报》。白宫幕僚不仅对邮报封锁重大新闻，而且经常故意找碴，拒绝邮报记者采访，明摆着是要砸《华盛顿邮报》的饭碗。尼克松甚至亲自下令，通过联邦通讯委员会阻挠邮报所属电视台营业执照的更新。在一片萧杀气氛中，《华盛顿邮报》的股票从每股 38 美元急剧跌落到 16 美元。

在此背景下，《华盛顿邮报》女老板格雷厄姆（Katharine Graham）忧心忡忡：水门事件会不会是一次重大新闻失误？于是，格雷厄姆召见伍德沃德和伯恩斯坦，她担心地问道：“事情最终会水落石出吗？”据伍德沃德回忆，女掌柜当时的语气挺客气，但实际上她问话的真实含义似乎是：“你们这两个小子要把我的报纸怎么办？”伍德沃德只好老实地答复：不能保证真相会完全水落石出。令这两个小子吃惊的是，格雷厄姆回答：“永远不会吗？不要跟我说永远不会！”

这位永不言败的女报人出身犹太豪门家族，其父梅耶（Eugene Meyer）是著名银行家，曾在胡佛和罗斯福总统执政年代出任联邦储备委员会主席。她的丈夫菲利普。格雷厄姆（Philip Graham）毕业于哈佛大学法学院，曾任法兰克福特大法官（Felix Frankfurter，1939—1962 任职）的法律助理，他与格雷厄姆结婚后开始担任其家族经营的《华盛顿邮报》总编辑。1961 年菲利普不幸因精神狂躁病饮弹自杀。在报社风雨飘摇之时，格雷厄姆毅然决定出掌报社大权，成为当时全美 500 家大企业中唯一的一位女老板。

格雷厄姆早年毕业于芝加哥大学，但婚后 20 余年来一直是家庭主妇，丈夫自杀时她已年近半百，是 4 个孩子的母亲。在美国新闻界激烈竞争的环境下，由一个半路出家的中年妇女领导知识精英如云、左右舆论潮流、身列全美 500 家大企业的大报社，其复杂和艰难程度可想而知。但是，出乎人们意料的是，

格雷厄姆上任后很快就表现出意志坚定、魄力惊人、判断准确、知人善人、广交豪杰的良好素质。她在水门事件中的成就已成为美国新闻史上的一座巅峰。

1972 年 9 月 29 日，《华盛顿邮报》登出一篇爆炸性文章，揭露尼克松的心腹米切尔掌握一笔秘密基金，专门用来资助窃取民主党人情报的特别行动。为了深入查证，伯恩斯坦千方百计打探到米切尔的行踪，用电话向他通告了这则新闻。米切尔听后大惊失色，破口大骂："如果这些破烂登在报纸上，凯瑟琳。格雷厄姆的奶头会被大绞肉机绞住的！"（《总统班底—两个小人物是如何改写美国历史的》，第 113 页。译文根据英文原版有所改动。）伯恩斯坦听后简直难以置信，便记下了前司法部长不堪入耳的怒骂，打电话告诉总编辑布莱德利（Ben Bradlee）。布莱德利大喜，当即拍板决定将此事在次日报纸登出。为了防止格雷厄姆女士阻挠刊登，布莱德雷根本就没向女掌柜请示汇报。

水门事件真相大白之后，一位医生从加州给格雷厄姆女士寄来了一个做工极为精致的金质小绞肉机，后来一位作家朋友又送给她一个小巧玲珑的金质小乳房，跟小绞肉机恰好成为天设地造的一对。格雷厄姆把两件宝贝用项链穿在一起，成为一付别具一格的首饰，在华盛顿社交圈中风靡一时。

六、“极刑约翰”重刑威吓新闻媒体虽然神通广大，但它的作用只是呼风唤雨、制造舆论，在水门事件中，如果没有联邦法院、国会水门案调查委员会和特别检察官各显神通，同时施加巨大压力，单凭《华盛顿邮报》一家唱独角戏是不可能把尼克松赶下台的。

在《华盛顿邮报》不断抛出爆炸性新闻的同时，1973 年 1 月 8 日，联邦地区法院正式开庭审理水门案。主审法官约翰。西瑞卡（John Sirica）年轻时是位职业拳击手，以正手勾拳出手极重在职业拳坛小有名气。当上联邦法官后，他对罪犯毫不留情，动辄判

处最重刑罚，绰号“极刑约翰”（Maximum John）。

从党派背景看，西瑞卡法官是共和党人，1957年艾森豪威尔总统任命他为哥伦比亚特区联邦地区法院法官，（美国的联邦法院体系分为三级：联邦地区法院[United States District Court]、联邦上诉法院[United States Court of Appeals]、联邦最高法院[Supreme Court].截止1999年1月，国会批准任命的联邦法官分别为：最高法院9名，上诉法院179名，地区法院642名，一共830名联邦法官。）按常理，他应对涉案嫌犯和尼克松总统手下留情。但他坚持司法独立原则，超越党派立场，在断案时采用了延期判刑、重刑威吓这两大高招儿，对水门事件的结局产生了非同一般的影响。1973年12月，西瑞卡法官被《时代》周刊评选为1973年度全球风云人物。

美国宪政史上的一个极为有趣现象是，在任命联邦法官问题上共和党总统艾森豪威尔似乎缺乏“知人善任”的眼光。有人曾问他：在总统任期内你是否犯

过错误？艾森豪威尔回答："是的，犯过两个错误。那两个都坐在最高法院。"这两位就是美国最著名的开明派大法官沃伦(Earl Warren ,1953-1969 任职）和布伦南（William J.Brennan，Jr.，1956-1990 任职）。艾森豪威尔在水门案发三年前去世，假如能多活几年，他犯过的重大错误估计会增加到三个，多出来的那一个毫无疑问"坐在"联邦地区法院。

水门案发后，白宫乱成了一锅粥。尼克松虽然觉得窃听事件荒谬绝伦，但涉案人员与白宫和竞选班子直接有关，而且曾参与"管子工"的非法行动，所以必须掩盖真相，把消极影响降低到最低限度。于是，白宫幕僚进行了一系列掩盖行动，包括销毁证据、向联邦调查局施压要求停止调查。7 月 1 日，即案发两周后，竞选主管米切尔宣布辞职。艾利希曼向尼克松建议让利迪坦白认罪并承担全部责任，这样才能限制深入调查，使白宫高级幕僚平安无事。霍尔德曼提出，利迪坦白之后"我们的人员可以上诉请求宽大，理由

是利迪是个侦探小说看得太多而误入歧途的可怜的小伙子”。(引自《尼克松回忆录》,中册 ,第 345 页。)

实际上,如果水门案犯认罪,而且一口咬定此事与白宫无关,他们不太可能因此而遭到重刑惩罚。原因很简单:水门案只是一起未遂政治窃听案,一无人员伤亡,二无机密泄露,三无财产损失,四无案犯拒捕。换句话说,这只是一个涉及党派斗争的政治案,并非严格意义上的刑事犯罪案。另外,水门案犯个个身世清白,没有任何犯罪前科。按照美国司法审判的常例,他们只会受到罚款和缓期徒刑的判决。

在法庭审判期间,代表司法部出庭的联邦检察官采取了一种转移视线、大事化小的起诉策略。他无视媒体和警方已发现的证据和线索,对水门案犯的背景和金钱来源视而不见,一再强调“利迪就是主谋”。尼克松竞选班子的副主管马格鲁德(Jeb Magruder)也出庭作证,声称利迪虽然在他手下任职,但水门案完全是利迪一人天马行空、独往胡来。水门案犯们则

咬紧牙关，强装硬汉，拒不招出幕后真相。最后，陪审团于 1973 年 1 月 30 日判决被告有罪，接下来将由法官根据法律判定有罪案犯的刑期。

象多数有心人一样，西瑞卡法官压根儿就不相信水门案犯的供词。水门案当时已成为万人瞩目的大案，如果就此草草收场，他作为联邦法官的声誉有可能大打折扣。在美国的司法体制中，法官的党派色彩固然会在一定程度上影响到司法判决，但是，由于司法公开和新闻监督，没有任何一位法官愿意以“党棍”的恶声在司法界遗臭万年。

在审案之初，西瑞卡法官曾特意提醒检方，陪审团希望了解此案的内幕和真相，比如谁雇了这帮人？他们做案的目的是什么？谁支付的做案经费？可是他的提醒并没起到应有作用。在美国的司法体制中，法官只是审判的司仪、裁判兼量刑官，如果控辩双方律师故意不使劲，那法官也只能干着急。但是，当陪审团作出有罪判决之后，法官有权决定案犯的刑期，

有权把刑罚定在法律允许的最大或最小范围。

西瑞卡法官知道，仅靠正常的刑罚恐怕无法逼迫水门案犯吐露真相，此案若要有真正突破，必须采取一点特殊甚至极端的手段才行。作为精通犯罪心理学的法官，西瑞卡知道，当大祸灾难临头之初，很多案犯会一时头脑发热，楞充英雄硬汉，可是过后十有八九都会大喊后悔。此乃人之常情，战场上的英雄好汉其实只是比懦夫草包多勇敢了几秒钟而已。因此，如果用重刑威胁水门案犯，同时把宣布刑期之日尽量延迟，使案犯们头脑冷静下来，用足够的时间闭门思考充当“替罪羊”的后果和下场，他们后悔还来得及。

可是，法官拖延判决并以超乎寻常的重刑威胁案犯，在某种程度上已涉嫌滥用司法权。这么做是否合法呢？为此，著名民主党人、参议院水门案调查委员会首席律师戴西（Samuel Dash）根据以往的司法案例主动向西瑞卡法官提供了法律咨询。据此，西瑞卡法官一方面设法拖延判刑日期，一方面漫不经心地泄

露出可能会给水门案犯判处 20 年以上重刑的“司法机密”。

西瑞卡法官的两大高招儿对利迪和亨特没产生什么作用。利迪是律师出身，比较了解美国的司法制度和审判程序，不太害怕法官的威胁。案发之后，他摆出了一付好汉做事好汉当的架式，在法庭上坚贞不屈，大义凛然，一口咬定自己就是主犯。他甚至暗下决心，为了国家利益，即使被白宫方面杀人灭口也绝不会口出怨言。亨特也是经历过一点风浪和场面的人，没把重刑威胁太当回事儿，但他趁机敲诈白宫方面，要求提供巨额金钱补偿。

被重刑威胁吓坏的是安全顾问麦克德。他虽然是中央情报局特工出身，但属于安装窃听器方面的技术人员，不是那种出生入死的一线间谍。另外，利迪和亨特都只是 40 出头的人，而麦克德岁数较大，当时已有 50 多岁，假如被判处 20 年有期徒刑，对他来说相当于无期徒刑，再多的金钱补偿也没用。而且，

他在特工部门工作多年，深知其中黑幕，担心一旦身陷大狱，大有可能沦为无辜牺牲品。

经过激烈的思想斗争，麦克德决定坦白交代，争取从宽处理。3 月 19 日，他给西瑞卡法官写了一封认罪信，内容大意为：水门案犯都受到政治压力，要他们承认有罪，并保持缄默；此案没有中央情报局背景，但涉及到一些未被识别的高层人士，他们在审案过程中作了大量的伪证——实际上是暗指竞选班子的付主管马格鲁德等白宫幕僚犯了伪证罪。另外，麦克德向法官表示他不愿向联邦调查局和联邦检察官交代案情内幕，希望直接向法官坦白，以保证人身安全。

1973 年 3 月 23 日，西瑞卡法官开庭宣布案犯刑期。在法庭上，他首先宣读了麦克德的认罪信，引起旁听席上记者们的极大震动。接下来，西瑞卡法官特意问利迪 :你还有什么要交代的吗？利迪极为强硬地回答：无话可说！结果，利迪竟被判处 20 年的最

高刑期。（1977 年，经卡特总统特别批准，利迪被减刑释放，实际刑期 4 年零 6 个月。在因水门事件入狱的 20 余名白宫幕僚之中，他是判刑最重、服刑时间最长的案犯。）退庭后，麦克德跟随西瑞卡法官来到国会水门案调查委员会，向主持调查的民主党参议员厄尔温坦白交代了他了解的全部内幕。

七、白宫律师“卖主求荣”

麦克德的坦白是水门案的首次重大突破。在此之前，多数民众对《华盛顿邮报》刊登的“侦探故事”半信半疑，没想到案情内幕竟然得到初步证实。此后，邮报早上刚一出版便被抢购一空，《纽约时报》等媒体也开始加入揭密行列，电视台则在黄金时段报导水门丑闻。

可是，由于缺乏足够的证据，联邦法院一时无法立案起诉白宫幕僚。在此背景下，国会水门委员会决定举行听证会，传唤涉嫌白宫幕僚作证，深入调查水

门事件真相。

可能有人会纳闷，美国国会并非法院，为何能多管闲事插手调查涉及政府官员的案件、起到类似“特别调查法庭”的重要作用呢？原来，国会听证会是美国宪政体制中权力制衡的重要机制，它与因惯例而形成的国会调查权有直接关系。美国宪法并未明文规定国会拥有调查权，这一权力是从国会的立法权中引申出来的。因为只有通过详尽而彻底的调查和听证，才能使立法部门深入了解某一问题的真相，帮助国会议员更好地行使立法权。

国会进行调查和听证，一般由已有或特设的国会专门委员会主持。在国会中，大约三分之一的众议员和大约一半左右的参议员有律师或检察官背景，都是精通法律的专家。在听证期间，国会委员会可以象法院一样发出强制性传票（subpoena duces tecum），对那些无视传票的人，委员会可以以藐视国会的罪名将其关入监狱，或提交法院处理，在听证会上撒谎的

证人将会因伪证罪而遭到刑事起诉。这样，国会的调查权便成为立法部门监督行政部门的一项重要权力。20 世纪 50 年代，众议院非美委员会曾以调查和听证为手段大肆迫害所谓共产党同谋人，尼克松本人当年就是非美委员会中最活跃的议员。

对尼克松非常不利的是，在水门事件中，国会调查与党派斗争相互搅和，大大增加它的威慑力和杀伤力。尼克松执政后，民主党在国会参众两院都处于多数派地位。1969 年，尼克松向国会送交了 40 多件有关国内问题的重要提案，但只有两项得到国会通过。一气之下，他便采取拦截国会拨款的手段予以报复。（所谓拦截国会拨款，是指总统利用批准国会拨款案的机会将国会法案中自己不同意的部份予以否决，以此胁迫国会批准总统为实现行政部门意志而要求的拨款。详情参见王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社 2000 年版，第 531 页。）在此之前，尼克松下令秘密轰炸柬埔寨一事已使国会

深感愤怒，拦截国会拨款的做法更是火上浇油，激怒了参众两院。在此背景下，1973 年 2 月，参议院成立了民主党人占多数的水门案调查委员会，还尼克松以颜色。

面对即将开始的国会调查，尼克松和白宫幕僚们全慌了神。尼克松下令白宫律师迪安写一份水门事件备忘录，详细说明此案从早期构想、选定目标、具体实施、窃听失败一直到白宫幕僚试图掩盖真相的全部经过，让总统全面了解真相。可是，尼克松催了迪安四、五次，他楞是一字不写。尼克松以为迪安工作太忙，难以脱身，就安排他去位于郊外的总统别墅戴维营住上一段，早点把备忘录写出来。没想到，这份水门事件备忘录最终使迪安走上了“卖主求荣”的不归之路。

水门案发之时迪安年仅 34 岁，如此年轻就出任白宫要职，让很多人惊羡不已。迪安出身富有家庭，毕业于乔治城大学法学院，举止沉稳干练，开一辆德

国保时捷（Porsche）高级跑车，一副自命不凡的雅痞形象。迪安前妻的父亲是一位著名参议员，靠着这个背景，再加上出类拔萃的法律素养和非同一般的钻营本领，他 28 岁就当上了参议院司法委员会的法律顾问，后来又在米切尔手下干过司法部副部长助理。在一些重要人物的保举下，1970 年迪安被尼克松委以白宫律师的要职。

但是，在白宫高级幕僚中迪安不属于尼克松的铁杆儿心腹，他在白宫的主要工作是在米切尔、霍尔德曼、埃立希曼、竞选班子和“管子工”之间协调工作，提供法律咨询。水门事件从早期构想、选定目标，一直到掩盖真相、教唆和指导白宫幕僚作伪证都与迪安有直接关系，对于竞选班子和“管子工”内部违法乱纪的严重问题迪安也一清二楚，心如明镜。可是，出于权势欲望和个人野心，迪安将法律置之度外，成为替各种非法行动出谋划策的重要人物。

然而，麦克德坦白交代后，水门案真相已浮出水

面，霍尔德曼、埃立希曼和司法部长克兰典斯特（Richard Kleindienst）等尼克松亲信相继辞职。由于代表司法部出庭的联邦检察官在起诉利迪等水门案犯时出工不出活儿，在参议院压力下，1973 年 5 月，新任司法部长理查森（Elliot Richardson）任命哈佛大学法学院教授考克斯（Archibald Cox）出任特别检察官，并赋予他独立调查水门案的极大权力。这位教授不但是著名民主党人，而且还在肯尼迪内阁中干过司法部副部长（Solicitor General），党派色彩极为明显。迪安知道，面对考克斯的调查和起诉，自己身为白宫律师，知法犯法，罪责难逃，如果要写一份水门案备忘录的话，他本人毫无疑问是贯穿全案的主要人物之一。他担心，如果以白宫律师的身份写下此文，一旦事情闹大，尼克松有可能将备忘录抛出，证明总统事先一无所知，与水门案毫无瓜葛，而沦为“替罪羊”的倒霉蛋头一个就是他迪安。

“极刑约翰”对“硬汉”利迪判刑如此之重，已

使白宫幕僚人人自危。迪安深知自己涉案极深，难以自拔，但他极为精明狡猾，既不打算当“替罪羊”，也不想承担自己的那一部份责任，因为他本人毕竟只是一个出谋划策和协调行动的律师，并非拍板决策的主谋。与行伍出身、临危不惧的利迪不同，迪安是研习法律的知识精英，少年得志，一帆风顺，没经过“大风大浪”的考验。另外，迪安也是有一定身份的人物，即使蹲上几天大狱，也意味着前程全毁的灭顶之灾。这样，大难临头之时，他决定“卖主求荣”，卖同僚求安，向水门委员会供出真相，用自己掌握的大量机密换取刑事豁免权。

1973 年 5 月，通过讨价还价，迪安得到了水门委员会给予的部份豁免。委员会表示，究竟豁免到何种程度要看他坦白交代是否彻底。于是，为立功赎罪，迪安不惜将内幕全盘抛出。6 月中旬，在向全国电视直播的国会水门案听证会上，迪安不仅交代了白宫幕僚掩盖真相、销毁证据、向联邦调查局施压等非法行

径，而且还主动供出“管子工”夜闯心理医生办公室、密谋绑架政敌、打算在布鲁金斯学会纵火、企图利用妓女勾引对手等胡作非为。此外，他还招出尼克松拟定了一份政敌“黑名单”，名单中的多数人是民主党国会议员、新闻记者和政治漫画作者；白宫建立了秘密特工系统，非法利用联邦税务局的情报资料，以偷税漏税为罪名调查和打击政敌以及自由派阵营的非盈利机构。这一系列骇人听闻的黑幕，使国会、新闻界和美国民众极度震惊。

更为致命的是，迪安供出尼克松亲自参与了掩盖案情真相的犯罪活动。他的主要证据是，1973 年 3 月 21 日他曾向尼克松报告，为了使亨特等水门案犯继续保持沉默，今后两年至少还需要 100 万美元的“堵嘴钱”。可是上哪儿能弄到这么一大笔钱呢？尽管白宫班子当时的年度预算高达 7000 万美元，但是这笔经费的具体使用受到国会审计部门的严格审计和监督——将行政权和“钱袋权”相互分割正是美国

宪政体制设计的一个高明之处。面对筹集“堵嘴钱”的难题，尼克松对迪安说：“我的意思是，你可以搞到 100 万美元，你可以搞到这笔现金。我知道在哪儿能搞到。”尼克松和迪安商量结果是，应去纽约找米切尔，尽快筹集这笔巨款——米切尔于 1972 年 7 月辞职后回到纽约重操律师旧业。这样，仅此一事就已构成尼克松妨碍司法的犯罪事实。

如果说水门窃听案起初只是一个荒唐可笑、微不足道的三流政治案的话，那么，由于迪安的叛变和招供，它一不留神已演变为总统和白宫幕僚滥用权力、掩盖罪证、妨碍司法的重大刑事案件。

不过，迪安的招供虽然对尼克松伤害极大，但远未构成弹劾总统的致命危险。迪安毕竟空口无凭，仅凭他的一面之词就想弹劾堂堂美国总统显然是不可能的事儿。另外，水门委员会当时没有查出其它涉及总统的人证或物证。因水门事件辞职或入狱的数十名政府高官和白宫幕僚中只出了迪安这一个“叛徒”，

其他人都忠心耿耿，没有直接指控尼克松违法乱纪。这样，在辨明迪安供词真伪之前水门委员会不敢掉以轻心、轻举妄动。

这时，精明过人的迪安又向水门委员会交代，1973 年 4 月 15 日晚上，当他在白宫椭圆形办公室面见总统时，尼克松那天问话的方式和言谈举止都非常古怪，使人感觉谈话过程正在被录音。实际上，迪安并不知道白宫录音系统的秘密，他只是猜测总统可能偶尔将白宫办公室的谈话录音存档。然而，由于迪安提供的这一重要线索，水门事件终于发生了根本性转折。

八、录音系统天机泄露 1973 年 7 月 13 日是水门事件的转折点。是日，国会水门委员会传唤前白宫高级助理巴特菲尔德(Alexander Butterfield)作证，致使白宫录音系统天机泄露。

巴特菲尔德是退役空军中校，曾任霍尔德曼的高

级助理，主持白宫内部日常运作和录音系统的管理。1973 年 3 月他出任联邦航空委员会主任。水门委员会传唤他来国会作证纯属歪打正着。那天作证的主要目的是想了解一下白宫幕僚的日常工作简况和一些与霍尔德曼有关的问题，当 3 个多小时的询问临近尾声时，律师想起迪安提供的线索，就随口问道："据你所知，迪安关于白宫办公室的谈话被录音的供词是否有根据？" 这个问题其实并未直接涉及白宫录音系统，完全可以含糊其辞、蒙混过关，但巴特菲尔德却方寸大乱，误以为水门委员会已洞悉白宫内幕。在美国的司法体制中，向国会调查委员会作伪证是联邦重罪，所以他不敢撒谎，如实地供出了全部细节，暴露了白宫录音系统的惊人秘密。

原来，尼克松上台后不久便下令在白宫椭圆形办公室、内阁会议室、行政办公大楼办公室和戴维营等处安装了由语音自动启发的录音系统。这套系统每天 24 小时运转，一旦有人讲话或打电话，录音机就开

始自动录音。到 1973 年 7 月为止一共录制了长达 5000 小时的工作谈话。换言之，白宫办公室的全部谈话都有录音。知道白宫存在录音系统的人只有尼克松、霍尔德曼、巴特菲尔德和两位特勤警卫。这样，水门案一下子变得极为简单，只要把白宫录音带拿出来，尼克松是否有罪的问题即可真相大白。

颇具嘲弄意味的是，1973 年 4 月 15 晚上，因磁带告罄，尼克松与迪安之间的谈话并未被录下来。7 月 13 日前夕，巴特菲尔德正准备出国执行公务，但因临时有事未能成行。另外，他当时已不在白宫工作，没听过白宫律师对全体白宫幕僚进行的一次应当如何技巧而合法地应付律师提问的法律咨询。在水门事件中，这种阴差阳错的偶然事件一再发生，最终铸成了尼克松辞职下台的无情命运。

那么，尼克松为啥要在白宫安装如此先进的录音系统、进行规模如此之大的录音工程呢？他在回忆录中解释说：“从一开始我就决定，我的这届政府应成

为历史上记录最全的政府。”尼克松视野宏大，深谋远虑，是一位精通历史和深具历史感的政治家。在尼克松之前，英国首相丘吉尔退休后写作了卷帙浩繁的《第二次世界大战回忆录》，并获得诺贝尔文学奖。但是，从历史文献的珍贵性和完整性角度看，丘吉尔的大作并无杰出建树。尼克松精于思考，勤于笔耕，而且常常自比林肯总统，对自己的历史地位颇为自负。他觉得，通过录音的形式可以把总统的决策过程客观地记录在案，留下无比珍贵的历史文献资料。尼克松坦言：“我想以后在写书或者写回忆录的时候可能要参考这些录音带。”（《尼克松回忆录》，中册，第 175 页。）

可是，当白宫录音系统天机泄露后，尼克松为什么不立刻毁掉录音带呢？得知录音系统秘密后，厄尔温参议员、西瑞卡法官和考克斯特别检察官虽然喜出望外，但他们并未立刻发出强制性传票，迟至 1973 年 7 月 23 日尼克松才第一次接到要他交出录音带的

传票，所以，如果他能及时毁掉录音带，从严格的法律角度而言他并未犯下销毁证据的罪行。这样，由于没有确凿证据证明总统妨碍司法，即使国会启动弹劾程序，尼克松仍然有极大的生存机会。1999 年克林顿总统遭国会弹劾时，克林顿和他的律师自始至终在“性关系”一词的严格法律意义上大作文章，死活就是不承认犯了伪证罪，最后终于起死回生。

实际上，当白宫录音系统真相暴露之后，为了避免事态恶化，威胁到总统宝座，尼克松当时可以有上、中、下三种应对策略。

上策是，利用外交领域的空前成功和连任总统后民意支持率极高的良机，将水门事件的真相全盘托出，请求“沉默的大多数”支持和原谅。美国人的特点是吃软不吃硬，比较注重实际利益。只要国外的烂仗体面结束，国内经济保持增长，普通民众一般比较宽宏大量，容易原谅“主动认错”的总统。尼克松晚年谈到水门事件时非常懊悔地说道：“水门事件中让我后

悔的事太多了。首先是我起初处理这个该死事件的方式。我跟它毫不相干，不应大动干戈。我应直接面对美国人民，告诉他们到底发生了什么事情。”（〔美〕莫尼卡。克罗利：《冬天里的尼克松》，第 406 页。）如果有民意撑腰，而且罪行较轻，国会很难通过弹劾总统的动议。

中策是，在联邦法院发出传票之前迅速毁掉录音带。这个损招儿具有一定的风险，因为这一行动本身已构成销毁证据、妨碍司法的罪名，有可能触发国会启动弹劾程序。但是，由于没有确凿证据，尼克松极有可能逃过此劫，避免辞职下台的悲剧。尼克松晚年的助手莫尼卡。克罗利透露：“回顾当初，尼克松希望自己毁掉那些录音带，让调查水门事件的人自己去找证据。没有了录音带，他们只能根据传闻提出间接证据；没有了录音带，他们只能暗示存在妨碍司法的行为，但可能无法证明；没有了录音带，尼克松在这个案子上可以有更多的主动权。”（〔美〕莫尼卡。克

罗利：《冬天里的尼克松》，第414—415页。）

下策是，以总统行政特权为由拒绝交出录音带，不惜把官司打到联邦最高法院。这显然是个孤注一掷的策略，成则为王，败则为寇，大起大落，风险极大。

令人难以置信的是，尼克松不顾阿格纽、基辛格、新任白宫办公厅主任黑格（Alexander Haig）等人的反对，最终决定铤而走险，与国会、联邦法院和特别检察官周旋到底。这个决策看似鲁莽，但却与尼克松敢于冒险、不惧危机的个性一脉相承。伍德沃德认为，白宫录音带"是一系列事件中不可思议的结果，是我们的幸运，是尼克松的厄运。错误的决策，错误的转向，都在一根脆弱的线头引导下导致案情真相被揭露。而这根脆弱的线头，原本可以剪成千片万段，永久消失。"

水门事件尘埃落定后，格雷厄姆女士感慨万千，她说："天知道尼克松为什么没有毁掉白宫录音带？他似乎认为这些录音磁带具有保留价值，而且他有能

力守住其中的隐私。”

那么，尼克松为何力排众议，独出心裁，毅然决定保留犯罪证据呢？回首往事，他的致命决策主要基于以下几点原因和考虑。

首先，尼克松坚信三权分立的宪政原则必须坚持，总统的行政特权不容侵犯。美国宪法第二条第一款规定，行政权属于美利坚合众国总统。作为政府行政首脑，总统与自己的亲信幕僚在决策过程中信口开河，胡言乱语，构想多种方案和策略，甚至提出一些荒谬绝伦的预案，都是工作需要。另外，总统与亲信之间的谈话涉及内政外交、国防军事等方面的机密，如果司法和立法部门随意传唤、审听这种高度机密的非正式谈话录音，并根据其中的只言片语起诉总统及其幕僚，那简直是荒唐之极、不可思议。在美国宪政史上，杰弗逊、林肯、罗斯福、杜鲁门等 10 余位总统都曾以总统行政特权为理由坚决拒绝国会调查白宫决策内幕。

其次，尼克松觉得最高法院的人事构成对自己比较有利。以任命大法官的机会而言，在二战后的美国总统中，卡特（Jimmy Carter）总统最倒霉，一次机会也没赶上。而尼克松特别幸运，他在三年中碰上了四次机会，先后任命伯格（Warren E.Burger，1969-1986 任首席大法官）、布莱克蒙（Harry A.Blackmun，1970-1994 任职）、鲍威尔（Lewis F.Powell，Jr.，1972-1987 任职）和伦奎斯特（William H.Rehnquist，1972-1986 任大法官，1986 至今任首席大法官）等四位保守人物出任要职。有人开玩笑说，尼克松执政时的美国最高法院不应按惯例称为“伯格法院”，而应该叫“尼克松法院”。尼克松过于乐观地估计，在保守派法官构成多数派的局面下，自己胜诉的机会较大。

再次，尼克松当时认为，当白宫幕僚为了自保而反咬总统时录音带可以起到某种保护作用。比如，尼克松的确与迪安有过一次关于“100 万美元现金”的

密谈（1973 年 3 月 21 日），但是迪安并未说出全部真相。实际上，那天谈话快结束时，由于迪安警告妨碍司法的严重后果，尼克松表示："我们不能这么干……我是说白宫方面不能这么干。" 所以，当黑格劝告总统尽快毁掉录音带时，尼克松解释说："迪安扯谎，磁带证明了他的谎言。我们不知道究竟有谁还会为自保而撒谎。天知道埃立希曼甚至霍尔德曼会招出些什么。录音磁带是我对付伪证的最佳保险。"

最后，白宫录音带具有难以估量的历史文献价值，如果能够合法地保留下来，尼克松有可能根据珍贵而详实的录音记录，把自己极具传奇色彩的一生及其白宫经历写成一部名垂千古的传世名作。（1978 年出版的《尼克松回忆录》平淡无奇。水门事件后，根据国会法案，联邦司法部将白宫录音带和尼克松的总统文件置于严密控制之下，尼克松只能看到录音带中涉及水门案部份的文字副本。经过长达 20 余年的艰难诉讼，2000 年 6 月，联邦政府与尼克松遗产基金会达

成庭外和解，政府同意付 1800 万美元换取录音带和文件的控制权。其中律师费 740 万美元，遗产税近 400 万美元，捐给尼克松总统图书馆 600 多万美元。尼克松的两个女儿每人只得到 8 万多美元遗产。根据美国国家档案馆的计划，在删除隐私和机密后，大约 3700 小时的录音将逐步公开。目前已公开 1000 余小时，可以免费复制。有朝一日，如果涉及中国领导人和中美关系的秘密谈话能够公开，其内容一定相当精彩。）

这样，在做出保留白宫录音带的致命决策后，尼克松与特别检察官、国会和联邦法院展开了一场惊心动魄、影响深远的司法大战。

九、“星期六之夜大屠杀”

1973 年 7 月 23 日，特别检察官考克斯和国会水门委员会同时发出传票，要求总统交出 9 盘录音带，其中包括 1973 年 3 月 21 日“100 万美元现金”谈

话和 4 月 15 日晚上谈话的录音。在美国宪政史上，这是总统首次接到这种要求出示证据的强制性命令。尼克松启用总统行政特权，声称谈话录音中有外交和军事机密，拒绝交出磁带。同年 8 月 29 日，西瑞卡法官判定，特别检察官索取磁带的要求合法，下令总统交出录音带。但尼克松置若罔闻。考克斯别无选择，将此案上诉到联邦上诉法院。

正当录音带官司日趋激烈之时，国际形势突然恶化。1973 年 10 月 6 日，埃及军队强渡苏伊士运河，向以色列发起突然袭击，叙利亚军队也趁机参战，使以色列陷入了腹背受敌的不利处境。短短一周之内，以色列苦心经营的“巴列夫防线”被埃军突破，以军最精锐的空军和装甲部队损失过半，王牌军第 190 装甲旅全军覆灭。以色列举国震撼，总理梅厄夫人在电话中向尼克松哭诉危情，恳请美国大老板火速增援。尼克松当机立断，下令以超出 50 年代“柏林空运”的规模向以色列空运最先进的飞机、坦克和导弹。与

此同时，大批美军“志愿人员”秘密赶赴以色列，操纵刚刚卸货的现代化武器直接奔赴前线，迅速扭转了阿以战争危局。

同年 10 月 19 日，为了报复美国对以色列的支持，阿拉伯国家控制下的国际石油输出国组织（欧佩克）宣布对美国和西欧实行石油禁运，并把中东油价提高了三倍。更为严重的是，美国的间谍卫星发现，苏联红军五个空降旅正在向中东地区调动，似乎有以“志愿军”的名义武装干涉中东战争的迹象。尼克松立刻命令全球美军和战略核武器部队进入一级战斗准备，摆出不惜打核大战的架式，坚决反击苏联染指中东战略要地的军事冒险。面对美国的强硬反应，苏方只得知难而退。苏联领导人原以为尼克松只会玩点儿“大三角关系”和“缓和”之类的诡计花招，又被水门事件整得焦头烂额，无暇关顾中东地区的战乱，没料想，尼克松在外交和军事领域反应如此之快，态度如此之强硬。

但是，在美国国内，政府官员腐败和录音带官司仍然是压倒一切的头条新闻。因被指控在马里兰州州长任内接受贿赂，副总统阿格纽遭到联邦司法部调查，这对尼克松来说是雪上加霜。由于面临总统和副总统被“双重弹劾”的危险，10 月 10 日阿格纽被迫宣布辞职。

10 月 12 日，联邦上诉法院就录音带案作出裁定，支持联邦地方法院的判决。这时尼克松提出了一个妥协条件，他表示，由于录音带内容涉及外交和国防机密，所以只能交出经过剪辑和整理的文字副本。至于文字副本的准确性问题，可以由参议院军事委员会主席史坦尼斯（John Stannis）审听把关——这位参议员是民主党人，但却支持尼克松的越战政策，更难得的是此公品德高尚，信誉极佳，是一位两党都可以接受的中间派人物。除此之外，尼克松表示今后不打算再交出任何磁带了，因为这场官司闹得天混地暗，已使总统职责和联邦政府的正常运作遭到严重影响。但

是，这个妥协条件遭到特别检察官严辞拒绝。

尼克松之所以不愿交出整盘录音磁带，自有其难言苦衷。在与亲信交谈时他随意放肆，信口开河，说了很多一旦公之于众将对总统形象造成无法挽回影响的粗话。比如，1971 年 7 月 1 日，因“五角大楼文件泄密案”败诉，尼克松痛骂大法官斯图沃特是“病弱的私生子”（a weak bastard），污蔑格雷厄姆女士是“可怕的老妓女”（a terrible old bag）。又如，1972 年 6 月 23 日，霍尔德曼向总统报告意大利货币里拉最近大幅度贬值，尼克松信口回答：“里拉是臭屎，别跟我提里拉。”其实，尼克松对意大利并无偏见，从对话上下文的语境来看，尼克松那天被水门案弄得心烦意乱，不想再听其它消息了，所以随口骂了一句粗话。可是，如果脱离当时的具体环境，将这段录音对话公之于众，断章取义，那简直就会闹出一场外交纠纷。

但是，考克斯坚持原则，寸步不让，他不但要求

尼克松交出整盘录音带，而且将调查扩大到总统申报个人所得税时“不正当免税”的经济问题，这使尼克松恼羞成怒。在中东要地战火连天、美苏两国剑拔弩张、石油危机空前严重的背景下，1973 年 10 月 20 日，尼克松命令司法部长理查森立刻解雇“不识大局”的考克斯。但理查森不愿从命，请求辞职。尼克松劝告理查森晚几天辞职，因为基辛格此时正在克里姆林宫折冲尊俎，不能让苏联领导人看笑话。但理查森愣是不同意。尼克松生气地说：“你这是坚持把个人承诺置于公众利益之上。”理查森反唇相讥：“我只能说，我相信我的辞职符合公众利益。”

尼克松火冒三丈，他转而命令司法部副部长洛克肖斯（William Ruckelshaus）解雇考克斯，可是，这位副部长同样不肯干。尼克松气急败坏，又下令司法部第三号人物博克（Robert Bork）解雇考克斯。博克犹豫再三，最后勉强同意。于是，白宫宣布解除理查森和洛克肖斯的职务，任命博克出任司法部代理

部长。博克随即签署命令，让特别检察官考克斯立刻卷铺盖走人。白宫办公厅主任黑格将军以保密为由，命令联邦调查局迅速查封特别检察官办公室，扣押全部调查文件。

消息公布之时恰好是 10 月 20 日星期六晚上，新闻媒体毫不客气，立刻抢发新闻，并使用了“星期六之夜大屠杀”这样耸人听闻的大标题。

尼克松一向雄才大略，胆识过人，素以不按规则出牌而著称。在“星期六之夜大屠杀”中，他投机冒险，胆大妄为，企图利用中东战乱、石油危机、民心慌惶、美苏军事冲突一触即发之机撵走特别检察官，造成既成事实，争取得到“沉默的大多数”支持和谅解，一劳永逸地解决水门危机。这一莽撞之举，暴露出尼克松敢于冒险的性格和孤注一掷的赌徒心理。

但历史证明，尼克松这回大大地失算了。西瑞卡法官表示，查封特别检察官办公室之举“看上去仿佛是拉丁美洲国家的上校们上演的一场军事政变闹剧。”

理查森惊呼："一个法治政府已经濒临沦为寡头独裁政府。"

针对尼克松的冒险，新闻媒体口诛笔伐，国会两院怒不可遏，全美民众群情激愤。据粗略统计，总数多达 300 万左右的电报、电话和信件如洪水般涌至白宫和国会，强烈谴责尼克松的胡作非为，要求国会立即启动宪法程序，弹劾无法无天的"帝王总统"。这样，水门事件从最初的一桩"屁事"，终于演变为一场震撼全国的宪政危机。尼克松判断失误，大动干戈，弄巧成拙，民心丧尽，四面楚歌，丧失了争取美国人民同情原谅的回旋余地。此后，即使他承认错误或毁掉录音带，亦将难逃被弹劾的最终命运。

在引发"星期六之夜大屠杀"的辞职风波中，为什么司法部长理查森宁肯辞职丢官也不肯解雇特别检察官呢？换句话说，美国的政府官员为什么会有如此坚强的原则性和良好的法治观念？

实际上，理查森的所作所为与美国宪政体制中的

制衡和监督机制有直接关系。美国政府行政部门的重要官员虽然由总统提名，但必须经过参议院批准。在审批过程中，参议院可以要求被提名的官员作出某种承诺，作为批准任命的前提条件。这样，国会在相当程度上控制了行政官员的人事任命权。政府高官若想官运亨通，不仅要听命于总统，同时也要看国会的眼色行事。

说起来理查森也算是尼克松的老朋友、老部下，他毕业于哈佛大学法学院，曾在尼克松第一届内阁中担任副国务卿和国防部长等要职。1973 年 4 月，司法部长克兰典斯特因水门案被迫辞职，尼克松便提名理查森接替。在国会举行的任命听证会上，参议院司法委员会特意要求理查森承诺保证不非法干涉特别检察官的决定和行动，他当时信誓旦旦，满口答应，参议院遂批准任命。这样，如果理查森言而无信，随意撤换特别检察官，将可能对他的个人信誉和未来政治生涯造成极为恶劣的影响。

水门案后，福特总统于 1975 年重新启用理查森，他先后出任商务部长和驻英大使等要职，声望极高，青史留名。相形之下，1987 年里根总统提名当时任联邦上诉法院法官的博克出任联邦最高法院大法官，结果遭到参议院无情否决，其中最主要的原因是他在“星期六之夜大屠杀”事件中扮演的不光彩角色。因执行尼克松的荒唐命令，博克付出了极为惨重的政治代价。

要求政府官员坚持原则固然非常重要，但是，只有制度性的监督和保障，使耿直守法之士善终，令趋炎附势之徒失意，才能真正在各级官吏中形成坚持原则、奉公守法的操守和风气。

十、司法审查的经典杰作“星期六之夜大屠杀”后，惊对全美各界的强烈反应，面临国会打算通过特别法案让考克斯官复原职的威胁，1973 年 11 月 1 日，尼克松被迫同意任命得克萨斯州著名律师贾沃斯

基（Leon Jaworski）出任特别检察官。他是军法官出身，曾任民主党总统约翰逊的法律顾问。

贾沃斯基开始调查后，尼克松被迫交出了 9 盘磁带之中的 7 盘（有两盘因故障或磁带告罄未被录制），但其中一盘却有 18 分钟空白。尼克松的女秘书玛丽。伍兹声称空白系她操作录音机时失误造成。

贾沃斯基审听磁带后发现，总统卷入了一系列掩盖水门案真相的犯罪活动，但严重程度一时尚无法判定。比如，在“100 万美元现金”谈话中，尼克松的确说：“我们不能这么干……我是说白宫方面不能这么干。”而且，谈话两天后，由于麦克德坦白交代，迪安不得不放弃了这个计划。这样，尽管水门案犯曾收到 40 万美元的“堵嘴钱”，但与这次密谋没有直接关系。换言之，尼克松只是“密谋妨碍司法”或“妨碍司法未遂”，并未犯下妨碍司法的实际罪行。同样，当谈到证据法在国会和大陪审团听证时的适用性有所不同时，尼克松曾对霍尔德曼说：“死活也要确信，

你一口咬定，我记不清了，我回忆不起来了。”从严格的法律角度看，尼克松当时只是在谈作伪证的技巧，并未具体地教唆如何作伪证。因此，仅凭已有的录音带副本，尚不足以证明总统罪行的严重程度。

为了深入调查，贾沃斯基要求尼克松交出更多的录音带。与此同时，众议院司法委员会开始举行弹劾听证会，下令总统交出 42 盘磁带。颇具讽刺意味的是，未来的美国第一夫人希拉里。克林顿（Hillary R.Clinton）恰好也是司法委员会精心挑选出的百名精英律师之一，参预起草和制订弹劾总统程序的工作。

面对压力，尼克松只交出了经过剪辑的 42 盘磁带的文字副本。

1974 年 3 月，联邦地区法院大陪审团作出判决，（美国司法制度中的大陪审团通常由 23 人组成，他们不负责裁定被告是否有罪，或被告触犯了哪些法律。大陪审团的主要责任是负责案情的前期调查，传唤与案件有关的人证和物证，决定对一些有争议的重大案

件是否应当立案起诉。）立案起诉涉及 7 名白宫高级幕僚的美国诉米切尔案（United States v.Mitchell et.al.）案，并把尼克松定为此案中“不受起诉的同谋者”（an unindicted co-conspirator）。

之所以没直接起诉尼克松，一是因证据不够充足，二是觉得起诉总统的时机尚不成熟。根据美国宪法，当总统犯有重罪或轻罪时，只有众议院有权决定弹劾，其角色相当于检察院；只有参议院有权审理弹劾案，其角色相当于陪审团。特别检察官当时认为，只有当尼克松被弹劾之后，法院才能以刑事罪立案起诉总统。

1974 年 4 月 18 日，西瑞卡法官向尼克松发出传票，要求他再交出 64 盘录音带，其中包括 1972 年 6 月 23 日的谈话录音，以便在美国诉米切尔案中对白宫幕僚进行刑事审判。此举不仅可能将尼克松置于死地，而且会把他的心腹幕僚全部打入大狱。尼克松大怒，他再次启用总统行政特权，不但不交出录音带，而且连文字副本也拒绝提供。这场录音带官司愈

演愈烈、日趋失控，使尼克松政府在内政和外交领域皆处于半瘫痪状态，很多重要的外交谈判和承诺被迫无限期推迟。

5 月 24 日，贾沃斯基越过联邦上诉法院直接向联邦最高法院上诉，希望大法官一锤定音，尽早结束这场久拖不决、举国遭罪的宪政危机。在此特殊情况下，最高法院打破常规，同意直接审理特别检察官的上诉。这个案子史称“美国诉尼克松案”。在美国宪政史上，这种越过联邦上诉法院由联邦最高法院直接审理的案件，在尼克松案之前只有 6 例。

1974 年 7 月 8 日，法庭破例在休庭期开始辩论尼克松案。尼克松的律师克莱尔（James D.St.Clair）声称，特别检察官是由行政部门任命的官员，他与总统之间的争执属于一种“部门内部争执”（intra-branch dispute），这是一种上下级之间的政治关系，具有“不可司法性”，不应在联邦最高法院对薄公堂。另外，总统拥有宪法所赋予的重大职责

和保密的行政特权，由于法院要求交出的录音磁带涉及行政部门的外交和军事机密，因此，尼克松总统对这些磁带拥有合法的保密特权。

正当克莱尔律师雄辩滔滔、侃得天花乱坠之时，鲍威尔大法官冷不丁问道："如果录音谈话与刑事阴谋罪有关，要求保密的行政特权究竟符合哪些公众利益？"克莱尔机智而镇静地诡辩道："刑事阴谋罪只有当被证实是刑事犯罪之后才是刑事阴谋罪。"照此怪圈逻辑，即使谈话录音涉及刑事阴谋罪，但由于总统行政特权的保护，所以法院无权发出传票；由于法院无法审听录音谈话是否涉及刑事阴谋罪，所以录音磁带永远受到行政特权保护。这样一来，民选总统实质上成为凌驾于宪法和法律之上的"专制帝王"。

贾沃斯基针锋相对地指出，此案涉及司法部门传唤和审查证据之权与总统行政特权之间的关系，这是一个法律问题。联邦刑事程序法规定，法院可以就任何问题、向任何人发出要求交出证据的传票。毫无疑

问，总统拥有宪法所赋予的职责，享有保密的行政特权，但是，这种行政特权是否具有绝对性呢？美国宪法极为简洁，在总统行政特权问题上语焉不详。据此，贾沃斯基强调："此案提出了一个真正的宪法问题，即究竟谁是解释宪法含义的仲裁人？""如果现任总统或任何一位总统声称，宪法的含义是由总统说了算，那么这个国家的立宪政府体制就会处于严重的危险之中。"

美国诉尼克松一案给美国最高法院出了个大难题。此案不仅涉及总统行政特权、国会调查权和法院传唤证据权之间的关系，而且事关民选总统是否可能被弹劾，这些显然都是极度错综复杂的政治问题，而非简单明了的法律问题。在讨论是否应当受理此案时，首席大法官伯格起初认为，尼克松案判决只会影响美国诉米切尔案的呈庭证据，不具有紧迫和危急特点，应打回到联邦上诉法院，不能让下级法院养成动辄越级上诉的毛病。另外，在伯格主持起草的判决书的初

稿中，他仍然倾向于总统应当在外交和军事领域享有保密的行政特权——显然，这是为尼克松剪辑和整理录音带文字副本留下余地。伯格是尼克松千挑万选、反复斟酌之后提名任命的保守派法官，与尼克松私交很好，出任首席大法官后，他仍然时常赴白宫与总统共进晚餐。

7月9日，即法庭辩论结束次日，布伦南和道格拉斯（William O.Douglas，1939-1975任职）大法官先后来到乔治城大学医院，看望退休后因病住院的沃伦大法官。尼克松对“沃伦法院”的一些著名判决非常不满，他以重建“法律与秩序”（Law and Order）的口号当选总统后，对沃伦极为冷淡。当沃伦患病需要住院时，尼克松利用总统兼美军总司令的权力阻挠沃伦住进全美医疗设施和环境最佳的海军总医院，气得沃伦老泪纵横。当天下午，听了老友对尼克松案的概述后，沃伦对道格拉斯说：“如果尼克松逃脱此劫，那就等于是尼克松任意立法，而不是国会和法院立

法。”沃伦鼓励老友：“如果你对判决书有任何不满，照直说出来。保守派对你心存畏惧，因为你是良知。”当天深夜，由于过度激动，沃伦大法官心脏病发作不幸去世。

布伦南和道格拉斯是昔日“沃伦法院”中的两员大将，在美国诉尼克松案中，他们又一次发挥了中流砥柱的作用。在讨论和起草判决书过程中，伯格曾提出，法院发出强制性传票时对普通公民和总统应有所区别，但道格拉斯对此观点予以坚决抵制。布伦南则告诫伯格，尼克松案的判决涉及现职总统，最高法院一定要统一口径、步调一致。他建议，应当象 1958 年著名的库波诉阿隆案（Cooper v.Aaron，1958）判决那样，由九位大法官共同签署一个意见一致、措辞强硬的法院判决书。言外之意，如果大法官们步调混乱，阵脚不稳，尼克松有可能象南北战争时期的林肯总统那样对联邦最高法院的判决置之不理。（南北战争初期，林肯不仅未经国会授权便宣布国家进入紧

急状态、中止人身保护令状特权、把平民交付军事法庭审判，而且对联邦最高法院的“违宪”判决置若罔闻。参见本书第 9 章：总统大还是最高法院大？）

布伦南大法官的告诫绝非无中生有、危言耸听，因为尼克松本人曾扬言他只遵循和执行联邦最高法院“明确的判决”（definitive decision）。在一次记者招待会上，哥伦比亚广播公司（CBS）著名记者拉瑟（Dan Rather）质问尼克松：“林肯说过，任何人都不能凌驾于法律之上。凭什么你感觉自己与林肯不同？”尼克松精通历史，反应敏捷，他毫不客气地反击：“林肯总统在南北战争时期中止了人身保护令状特权。”这个答复把后来成为 CBS 电视台新闻主播的拉瑟噎得哑口无言。

在美国的宪政体制中，大法官虽然经总统提名任命，但由于司法公开和新闻监督的制约，没有哪一位大法官愿意在宪政史上留下“总统狐朋狗友”的千秋恶名。杜鲁门总统曾深有感触地说：“无论何时你把

一个人放到最高法院，他就不再是你的朋友了。”在此背景下，宪政法治原则终于压倒了党派利益和私人交情，伯格大法官最终决定服从全局利益，按统一步调集体行动。

尼克松案的判决书名义上由伯格一人执笔和署名，但实际上布伦南等其他七位法官都具体参与了判决书各个部份的撰写。这个影响重大的判决书是美国最高法院历史上非常罕见的一次“集体创作”。由于利益冲突，伦奎斯特大法官主动提出回避，因为在出任大法官之前他曾是尼克松政府第一届内阁中的助理司法部长，与尼克松的心腹、前司法部长米切尔和总统国内事务助理埃立希曼关系密切，而这两位人物都是美国诉米切尔案中的被告。

1974 年 7 月 24 日，最高法院以 8 对 0 票作出了支持地方法院的判决。

在判决书中，伯格大法官两次提到马歇尔大法官在马伯里诉麦迪逊案(Marbury v.Madison ，1803)

中的经典名言："断定什么是法律显然是司法部门的职权和责任。"针对"不可司法性"问题，判决书指出：在一个悬而未决的刑事案中，特别检察官声称有必要获得被传票的资料，总统反对交出资料并以行政特权与之抗衡，这种"部门内部争执"实质上起因于联邦刑事程序，因此，此案属于传统的"可交法院审判的"（justifiable）案例。针对总统行政特权问题，判决书裁决："宪法没有明确提及任何有关保密的行政特权，但在保密利益与总统有效地履行职权相关的范围内，这种特权具有宪法基础。"但是，这种行政特权并不是绝对和无限制的，"当刑事审判需要使用受到传票的资料时，仅仅基于保密的笼统利益而宣称的行政特权不能超越刑事司法中正当法律程序的基本要求。"因此，尼克松总统必须交出录音磁带。但判决书同时也强调，法院必须对总统谈话录音中所涉及的国家机密予以特别保护。

裁决公布后，尼克松对8对0票的表决深感惊讶，

但他宣布完全服从这一“明确的判决”，并交出了1972年6月23日谈话录音的文字副本。这次谈话发生在水门案事发5天之后，那天上午，哈里德曼对尼克松说，根据迪安的主意和米切尔的建议，应当让中央情报局给联邦调查局代理局长格雷打个电话，让他们停止调查，因为水门案犯麦克德和亨特都有中央情报局背景。中央情报局和联邦调查局之间曾有一个秘密协定，互不干预对方的行动。尼克松当时表示：“……中央情报局应当给联邦调查局打个电话，就说白宫方面希望，为了国家利益，不要进一步深入调查水门案了。”结果，这个谈话录音成为尼克松妨碍司法的“确凿证据”（smoking gun）。

7月24—7月30日，众议院司法委员会先后通过了弹劾总统的三条动议：第一，妨碍司法；第二，滥用权力；第三，无视国会传票。根据宪法，弹劾之权属于国会参众两院，首先由众议院半数以上通过弹劾决定，经参议院三分之二多数表决通过后才能定罪。

一旦定罪，遭弹劾者立即削职贬为平民，改由普通法院进行审查和判决。通过动议之前，因缺乏“确凿证据”，尼克松在参议院的支持者仍然在三分之一以上。可是，当最高法院裁决下达和最新谈话录音公布之后，尼克松顿时沦为过街的老鼠，人人喊打。现在已不是他是否下台，而是何时和以何种方式下台的问题了。

面对前所未有的危机，尼克松仍然不肯辞职，一度打算对抗到底。主要原因是，尼克松认为所谓“确凿证据”谈话的严重程度和犯罪性质尚存在争议。1972 年 6 月 23 日，接到白宫幕僚的电话指示之后，因国会制衡和媒体监督，中央情报局和联邦调查局担心惹事生非，引火烧身，所以并未遵照白宫方面的命令行事。另外，“确凿证据”谈话半个月之后，7 月 6 日，针对格雷的担心和疑虑，尼克松本人曾给他打过电话，明确指示：“继续进行全力调查。”因此，尼克松自信，这个“确凿证据”谈话仍然属于“妨碍司法未遂”，尽管错误严重，但尚未严重到被弹劾的程度，

所以仍然可以负隅顽抗，背水一战，不到弹尽粮绝、走投无路之时决不轻言失败。

据黑格回忆录记载，8 月 2 日尼克松对黑格扬言：“让他们弹劾我吧，我们将战至穷途末路。”无独有偶，根据基辛格的回忆，当天黑格曾对他说：“尼克松固执己见、不肯辞职（digging in his heels），或许需要调遣第 82 空降师护卫白宫、保护总统。”基辛格回答：“这是胡闹，总统在刺刀包围的白宫里是无法行使职责的。”黑格表示完全同意。应当指出的是，在美国的宪政体制中，黑格作为白宫办公厅主任根本没有调兵遣将之权。美军参谋长联席会议主席也只是总统的军事顾问，同样不具备调兵“进京勤王”的权力。真正握有军权的是总统本人，但军队效忠的对象是国家和宪法，而不是总统个人。

有一种比较普遍的说法是，在水门危机的最后关头，因参议院审理弹劾案可能长达数月，为了使国家利益免遭弹劾案的伤害，为了维护宪法和个人尊严，

尼克松主动提出辞职。但是，厄尔温参议员对此说法表示异议。据他透露，8 月 7 日晚上，参议院共和党领袖斯科特（Hugh Scott）、众议院共和党领袖罗兹（John J，Rhodes）、1964 年共和党总统候选人戈德华特（Barry Goldwater）参议员一行三人来到白宫向总统摊牌，他们明确表示国会两院支持总统的票数最多只有 15 票。换言之，如果尼克松硬抗到底，一旦弹劾罪名成立，将可能面临灭顶之灾。这样，由于共和党三巨头“逼宫劝退”，尼克松最终放弃了苦斗到底的决心。

1974 年 8 月 9 日，在众议院表决弹劾案前夕，尼克松正式宣布辞职。副总统福特就任总统后宣布赦免尼克松的所有刑事责任。

在人类历史的长河中，“舍得一身剐，敢把皇帝拉下马”的事件并不希罕，为争夺帝位王权而导致天下大乱、血流成河的宫廷政变更是多如牛毛，可是，象水门事件这样不费一枪一弹，未损一兵一卒，联邦

法院、国会、特别检察官、大陪审团和新闻媒体协调行动，通过宪法程序解决危机，和平地把“帝王总统”赶下宝座，成功地避免了政治动荡和天下大乱，堪称世界政治制度史上的奇迹。

在水门事件中，美国最高法院打破常规，果断出手，步调统一，一锤定音，以司法审查的形式化解了一场空前严重的宪法危机，这一判决是司法能动主义大胆而成功的经典杰作。美国学者布拉西赞扬道：“千百年之后，如果美利坚合众国还存在，当有人要求拥护司法审查的人举出实例证明法官们的裁决时常会有利于民主时，他们最先举出的案例就将是美国诉尼克松案。”

十一、水门事件的政治遗产美国学者格林斯登指出，水门事件之后，美国总统面临的是一种难以驾驭的政治环境，包括权力意始觉醒的国会、软弱无力的政党系统、攻击性极强而且积极挖掘坏消息的媒体以

及难以指挥的行政官僚系统。尽管总统仍然在宪政体制中处于主导地位，但总统和白宫幕僚的权势和地位遭到极大削弱。

1973 年 11 月，国会通过了《战争权力法》限制总统的战争权。（该法案规定，在国会未宣战或授权的情况下，总统只能在四种情况下使用武装力量：（一）美国领土和军队遭到攻击；（二）需要保护驻扎在海外的美军；（三）需要保护海外美国公民；（四）履行具体的军事条约义务。另外，一旦动武，总统应在 48 小时内向国会报告。如果国会不宣战，总统用兵的权限只有 60 天，但必要时可以再延长 30 天。1975 年，当北越向南越发动进攻时，福特总统无法履行巴黎停战协定中支持南越政权的承诺，致使美国在越南的军事卷入最终以惨败收场。福特和基辛格都把惨败的结局归咎于水门事件和美国国会。）1974 年，国会通过了《预算和拦截控制法》，限制总统重组行政部门和拦截国会拨款的权力。1978 年，国会通过

了《政府部门道德准则法》，建立特别检察官制度，授权特别检察官在不受总统控制的前提下对行政部门官员的违法行为进行彻底调查。

水门事件也彻底改变了美国媒体和民众对政治人物的看法，带“门”（gate）字的英文词尾从此成为政治丑闻的代名词。里根政府向伊朗秘密出售军火案被称为“伊朗门”（Irangate），克林顿政府解雇负责旅行事务的白宫助理事件被称为“旅行门”（Travelgate），克林顿与白宫实习生莫尼卡。莱温斯基的性丑闻被称为“莫尼卡门”（Monicagate）。

此外，福特和卡特总统曾一度取消白宫办公厅主任一职，白宫所属行政管理和预算局局长的任命改由经参议院批准，总统国家安全事务助理亦不复拥有基辛格当年炙手可热的权势。

水门事件使尼克松在政治和精神上遭到极大打击，但他并未颓废消沉。面对惨败和羞辱，他坚韧地表示：“失败固然令人悲哀，然而，最大的悲哀是在

人生的征途中既无胜利，也无失败。”（1990 年 7 月尼克松在出席以他的名字命名的总统图书馆建成典礼时的讲话。）下台后，尼克松闭门读书，潜心思考，总结经验，先后出版了《尼克松回忆录》、《真正的战争》、《领导人》、《真正的和平》、《不再有越战》、《1999—不战而胜》、《角斗场》、《只争朝夕》、《超越和平》等著作，几乎每一本都成为国际畅销书。在外交政策领域，尼克松逐渐以外交战略权威的形象重新崛起，经常应邀为里根、老布什（George Bush）和克林顿总统出谋划策，指点迷津，提供富有创见的外交咨询和建议。1989 年“六四风波”后不久，他肩负修复中美关系的重大使命第五次访问中国大陆。1994 年临终前不到一个月，他以病弱之躯出访莫斯科，为美国调整对俄外交提供政策评估。尼克松“身败名裂”之后，仍然对美国外交作出了重大贡献，赢得了各界人士的尊重和好评。

基辛格在 1974 年就已预言：历史对尼克松的评

价将比同代人要仁慈得多。但尼克松头脑清醒，他认为："那要看由谁来书写历史。" 尼克松辞职 25 周年那天，根据《华盛顿时报》进行的一次民意测验，45%的美国人认为水门事件的性质只是政治斗争，并非严重的犯罪行为，48%的人持相反观点，7%的人无话可说。

尼克松本人一直试图淡化水门事件，他在晚年说："水门事件最初是轻微的犯罪，等我卷进去后就变成重大罪行，等报界和他们那伙人把它抓在手里，就变成国家的问题了。""报界愿意为肯尼迪和约翰逊掩饰这类罪行，可只要我作点什么，他们就会铺天盖地地攻击我，我早该明白这一点。"（〔美〕莫尼卡。克罗利：《冬天里的尼克松》，第 439—440 页。）

尼克松的上述观点虽然有些道理，但却存在"只见树木，不见森林"的毛病。回顾历史，水门事件的发生实际上具有某种历史必然性。美国立宪建国之初，国会一直在联邦政府的三个部门中占据主导地位。可

是，自 20 世纪 30 年代经济大危机和 50 年代美苏冷战以来，行政部门权力急剧膨胀，总统和白宫幕僚逐渐成为联邦政府权力中心，国会被党派利益所分化，无力对总统形成有力制衡，致使“国会政体”逐渐演变为“总统宪政”。美国总统既是国家元首又是政府首脑，并兼任美军总司令，兼有英国女王和首相、法国总统和总理所具有的权限和职责。在外交和军事政策领域中，甚至出现了独断专行的“帝王总统”。

尼克松执政时期，“帝王总统”权力由外交和军事领域日益扩展到国内政治。白宫幕僚大权独揽，专横跋扈，甚至发展到建立秘密警察“管子工”的程度。最初只是“屁事”一桩的水门窃听案，实际上只是白宫幕僚一系列非法行为的冰山一角。这种现象引起了国会、新闻媒体和各界有识之士的不安和警觉。新闻媒体对水门案的揭露给立法、司法部门制衡总统和白宫幕僚的权势提供了千载良机。由于特别检察官、联邦地区法院和国会深入调查水门事件，联邦最高法院

果断介入，对总统行政特权予以限制，导致尼克松被迫辞职，所谓“帝王总统”从此一蹶不振。

在历史舞台上，具有宿命性色彩的政治戏剧往往由充满偶然性的小品构成。水门案被揭露和尼克松下台的命运是一系列不可思议的错误决策与“偶然事件”汇合的结果。尼克松抱怨自己是错误的时代和错误的地点的一个“倒霉的受害者”（unfortunate victim），并非毫无道理。如果没有白宫录音系统被偶然发现，以尼克松的智谋、胆略和成就，他或许能被列入伟大的美国总统之列。可是，尼克松不仅滥用权力，而且过于自信自负，为了青史留名，他下令录制了 5000 余小时的白宫办公室谈话录音。由于最高法院的铁面裁决，这些录音最终成为把他挑下总统宝座的锋利宝剑。本想流芳百世，结果却惨遭历史谴责，这种“自我弹劾”的政治悲剧不禁令后人扼腕长叹。

在美国宪政史上，罗斯福、肯尼迪和约翰逊总统都曾严重地滥用权力，之所以未被揭露，与当年新闻

媒体笔下留情以及他们更会掩盖非法行为直接有关。可是，随着宪政体制的完善以及国会和媒体权力意识的提高，在强调分权与制衡的宪政体制下，“帝王总统”和白宫幕僚滥用权力、违法乱纪的行为总有一天会引发类似水门事件的政治危机。

美国自立宪建国以来先后经历过南北战争、两次世界大战、30 年代经济大萧条、朝鲜战争、越南战争和水门事件等重大危机，但却没有出现独裁政府和专制暴政，细究其因，强调分权制衡和注重新闻自由的宪政体制功不可没。

但是，9.11 事件对美国的宪政体制形成了强烈冲击。为了有效地打击恐怖分子，国会众议院已通过法案，扩大了执法部门进行电子窃听和信件检查的权力。联邦政府甚至设立特别军事法庭，未经大陪审团听证便起诉和审判外籍居民。新闻媒体对这些措施的反应比较克制。个别美国学者据此认为，9.11 事件后美国已沦为神权法西斯国家。但这种提法显然有些

夸张。就整体而言，美国宪政体制中分权制衡、限权政府和维护新闻自由的基本框架仍然坚强牢固。如何在打击恐怖分子、遵循正当程序、捍卫新闻自由、保护公民权利等问题上保持平衡，将是对未来美国宪政体制的严峻考验。

第二十三章

如今在美国究竟谁歧视谁？

——加州大学董事会诉巴基案（1978）

西风吹，摇滚擂，如今在美国究竟谁歧视谁？

可能有人会说：这个问题难道还值得一提吗？自然是白人歧视黑人和其他少数民族。可是，很多美国白人认为，如果依照美国政府颁布和推行的“肯定性行动”（Affirmative Action）政策，如今在美国社会中遭受种族歧视之害的实际上是白人。这个涉及到“逆向歧视”（Reverse Discrimination）的复杂问题，正是曾轰动美国朝野的加利福尼亚州大学董事会诉贝基一案（Regents of University of California v.Bakke，1978）的缘起。

一、屡试不中的白人高材生艾伦。贝基（Allan Bakke）1941 年生于美国佛罗里达州，其祖辈是来自北欧挪威的移民，父亲在邮局当差，母亲是小学教师。贝基从小勤奋好学，成绩出类拔萃，曾进入过全美中学生荣誉奖学金竞赛的决赛。1959 年他考入明尼苏达大学，主修机械工程。大学期间，他的平均积分成绩（GPA）为 3.51.大学毕业后，贝基投笔从戎，入美国海军陆战队服役，参加了越南战争。在炮火连天的战场上，他沉着机敏、作战勇敢，为此在四年的军旅生涯中连升数级，晋升为上尉军官。海军陆战队是越战期间美军伤亡率最高的军种，贝基因所在部队也不例外。面对战友死伤的痛苦，艾伦。贝基初步萌发了当一名医生的志向。

1967 年退役后，贝基在美国宇航局（NASA）设在加州斯坦福大学附近的一个高级研究中心当了一名工程师。在中心期间，由宇航局资助，贝基考入斯坦福大学继续深造，获得机械工程硕士学位。然而，

随着年龄的增长，贝基逐渐意识到，自己今生的最大愿望是成为一名救死扶伤的医生。于是，在工作之余他苦读医学院预科课程，并着手复习准备医学院入学考试（MCAT）。

谁都知道，美国的医生和律师不是那么好当的。首先，著名医学院和法学院的学费极为昂贵。而且，因学生毕业后收入较高，所以医学院和法学院基本上不提供奖学金。其次，著名医学院和法学院都有极低的录取率和白热化的竞争，考生的淘汰率和竞争的残酷性，在某种程度上超过了中国大陆的高考。以加州大学戴维斯分校医学院为例，该院 1973 年度只录取 100 名学生，但申请人总数却高达 2464 人。

可是，贝基却恰好选中了加州大学戴维斯分校医学院作为重点报考院校之一，其原因，可用加州居民评价本州大学的俏皮话来解释："如果你小子成绩好，你爹趁钱，念斯坦福大学；如果你小子成绩好，你爹没钱，念加州大学；如果你小子成绩糟，你爹趁钱，

念南加州大学；如果你小子成绩糟，你爹没钱，念社区大学。”这其中的秘诀是，由加州大学董事会管理的柏克利、洛杉矶、圣地亚哥、戴维斯等大学分校虽然名列全美著名学府之榜，但与哈佛、耶鲁、普林斯顿、斯坦福等私立名校不同，加州大学所属分校全都是公立大学。因公立大学有联邦、州政府的资助和补贴，所以学费比那些私立名牌大学要便宜得多。另外，像贝基这样已在加州居住两年以上、依法交纳州税的居民，还会享受到本州学生大幅度减免学费的特殊待遇。

以优秀成绩结束医学院预科课程后，贝基在医学院入学考试中再传捷报。在科学知识部份，他的正确率为 97%；在语言能力部份，他的正确率为 96%；在数学部份，他的正确率为 94%。1972 年底，踌躇满志的贝基向加州大学戴维斯分校医学院正式提出了 1973 年度入学申请。没想到，加州大学却给志在必得的艾伦。贝基吃了闭门羹。

照常理，以贝基的 GPA 和 MCAT 成绩、斯坦福大学硕士学历以及综合素质，他应当是一个很有竞争力的申请人。贝基起初以为，自己名落孙山的原因可能是因年龄已超过了 30 岁。但是，贝基后来却从戴维斯分校学生事务办公室打探出了一个令他大吃一惊的内幕。原来，在医学院当年 100 名的录取名额中，有 16 个特别名额专门分配给了黑人等少数民族学生。更令人吃惊的是，在被录取的 16 名少数民族学生中，绝大多数人的 GPA 和 MCAT 成绩远远不如自己。

贝基得知设置录取定额和不同的录取标准的内幕之后非常恼火，他奋笔疾书，给戴维斯分校录取办公室写了一封颇有政策水平的抱怨信。信中写道："为了满足未来医疗健康事业的要求，医学界需要最有能力和最有献身精神的人才。我意识到，设置少数族裔录取定额是为了补偿以往种族歧视的恶果，但是，这种照顾少数民族的措施实际上又开创了新的种族偏

见。这不是一个公正的解决办法。”

一通抱怨之后，1973 年底贝基向加州大学戴维斯分校医学院提出了 1974 年度的入学申请。然而，贝基最后得到的回复仍然是一剂不予录取的苦药。

该做的全都做了，却死活进不了医学院，原因竟然是肤色不够黑！贝基从小在宣扬“白人优越”的社会中长大，这辈子还是第一次碰到这种“颠倒黑白”的怪事。中国人遇到冤屈不平之事可能会想到揍那个狗娘养的，美国人遇到冤屈不平之事第一个念头就是诉那个狗娘养的。艾伦。贝基当然也不例外，他一张状纸把加州大学告到了地方法院，控告加州大学搞逆向种族歧视，违反了民权法和美国宪法第 14 修正案关于对公民平等法律保护的条款。

1975 年，地方法院对贝基案做出一项对双方各打 50 大板的判决：法官虽然判决加州大学设立的录取定额制度违法，但并未判决戴维斯分校医学院应当录取刺儿头贝基。结果控辩双方都不满意，继续向加

州最高法院上诉。

1976 年，加州最高法院判加州大学败诉。加州大学董事会当然不会服气，遂聘请曾在水们事件调查案中出任特别检察官的哈佛大学教授考克斯（ArchibaldCox）为律师，于 1978 年把官司打到了联邦最高法院。

二、左右为难的最高法院在一向标榜机会均等、公平竞争的美国社会，加州大学戴维斯分校医学院为何会为少数族裔申请人保留 16 个特别录取名额呢？说起来，这个特殊的照顾措施实际上与美国政府颁布和推行的“肯定性行动”政策直接有关。

“肯定性行动”这个名词最早源自肯尼迪总统 1961 年签署的总统第 10925 号行政命令。这个行政命令要求政府合同承包商采取肯定性行动，为少数族裔提供更多的工作机会，不得有种族、信仰、肤色、祖籍的歧视。约翰逊总统执政期间，联邦政府和国会

陆续颁布了一系列包含范围更为广泛的“肯定性行动”法案，又称为平等权益法案。简而言之，“肯定性行动”政策实际上是一项在 1964 年《民权法》基础上发展起来的平等权益措施和法案，目的是帮助在美国历史上长期受到歧视的少数民族和妇女更快地改变在政治、经济、教育和社会等方面的劣势地位。具体地说，就是在升学、就业、晋升、颁发奖学金以及接受政府贷款和分配政府合同时，在竞争能力和资格基本相同或相近的情况下，黑人、印地安人、拉美裔和亚裔以及妇女有被优先录取、录用、晋升或优先得到贷款和政府合同的权利。

1969 年，保守的共和党总统尼克松入主白宫，但他在推动“肯定性行动”政策方面的新措施却令人刮目相看。后来曾在里根政府担任国务卿要职的舒尔茨当年被尼克松总统任命为劳工部长，此公在劳工部长任内开创了后来引起极大争议的硬性定额制度。根据联邦劳工部的规定，公立大学在招生时必须招收一

定比例的少数民族和女性学生，政府部门必须雇佣一定比例的少数民族和女性职员，一定比例的政府商务或工程合同应当优先给予少数民族或女性投标人。此外，凡是接受联邦政府资助以及所有与政府签订商务或工程合同的私营企业或私立大学，都必须提交一份“肯定性行动”计划，说明该企业或大学现有少数族裔雇员数量以及打算在多长时间内使少数民族雇员达到一定比例，否则资助和合同免谈。从 70 年代中期起，“肯定性行动”政策的照顾范围又逐渐扩大到残疾人和退伍军人。

在民权运动声势浩大的 60 年代，“肯定性行动”政策得到了全美大多数高等院校的积极响应。美国大学校园历来是自由化和激进化的大本营，而加州大学在 60 年代反越战、争平权的学生运动中是全美高等院校中闹得最凶的大学之一。在此背景下，戴维斯分校为了纠正种族歧视造成的危害和以往对少数族裔的不公正待遇，增加医学院学生的多元性，为少数族

裔树立刻苦学习、奋斗成材的榜样，特别设立了优惠和照顾少数族裔申请人的录取定额制度，结果引发了贝基诉讼案。

加州大学诉贝基一案实际上给美国最高法院出了一个极为棘手的大难题。原因很简单，这个事关联邦政府“肯定性行动”政策是否违宪的重大诉讼案并不是一个单纯的法律问题，而是一个高度复杂的政治问题。种族矛盾历来是美国政治中的定时炸弹，稍不留神就会在社会中心爆炸，引发空前严重的社会动乱。在中国社会，重大司法问题通常集中地表现为政治问题，但在美国社会，诚如法国政治学家托克维尔所言，任何政治问题最终都会演变成司法问题。美国社会中这种政治问题司法化的特殊国情，让美国最高法院大法官们伤透了脑筋。

在美国宪政史上，曾有过最高法院试图用法律手段解决政治问题结果却引发政治灾难和社会动乱的前例，其中最著名的例子就是南北战争前的的斯科特

诉桑弗特一案（Scott v.Sandford，1857）。当时，最高法院做出了偏向南方奴隶制的裁决，判决黑奴不是美国公民，并使国会已通过的旨在限制奴隶制扩张的“密苏里妥协”法案因违宪而被取消。尽管从单纯法律的角度看最高法院对斯科特案的判决无可厚非，但若从政治角度看，这一判决激化了本来已尖锐对立的南北争执，堵塞了以和平手段解决南方奴隶制问题的道路，坚定了南方各州依照宪法惯例捍卫奴隶制的决心，使北方和林肯总统处于“违法乱纪”的被动地位，对南北战争的爆发起到了推波助澜的恶劣作用，使美国陷入了一场无法避免的南北大战。斯科特案一向被美国学者认为是最高法院历史上最糟糕的判例。前车之鉴，使美国最高法院在审理这类“政治案”时，不得不小心翼翼，如临深渊，如履薄冰。

在贝基案之前，一位名叫马科。德夫尼斯（Marco Defunis）的白人学生早在 1971 年就已向“肯定性行动”政策发难。这位白人学生的法学院入学考试

（LSAT）成绩比已被华盛顿大学法学院录取的大多数少数族裔申请人高得多，但却连续两年未被录取。一气之下，他便向地方法院控告华盛顿大学。地方法院于 1971 年判决华盛顿大学败诉，德夫尼斯遂如愿地进入法学院学习。但华盛顿大学不服判决，继续上诉，于 1974 年初把官司打到了最高法院。可是，出乎人们意料之外的是，1974 年 2 月，最高法院以德夫尼斯当年 5 月就将从法学院毕业，审理这种“问题已过时”的案子(Moot Case)毫无法律意义为由，回避对德夫尼斯案(Defunis v.Odegaard ,1974）做出司法裁决。其实，最高法院是找了个借口故意躲避这种令人头疼的政治难题，使支持和反对“肯定性行动”政策的两派人士大为失望。

可是，躲得了初一躲不了十五，几年后贝基案又打上门来，硬逼着左右为难的最高法院给个明确说法。美国朝野上下拭目以待，且看最高法院将如何对贝基案进行裁决。

1978 年 6 月，在美国朝野众目睽睽之下，最高法院以 5 比 4 一票之差对贝基案做出了一个在美国宪政史上非常罕见的双重判决（Double Decision）。由鲍威尔（Lewis Powell）大法官主持宣读的判决书包括两个部份：第一部份判决加州大学设立的录取定额制度违法，加州大学医学院必须录取艾伦。贝基；第二部份判决加州大学有权实行一些使学生来源和校园学术环境多元化的特殊政策，在录取新生时可以把种族作为一个因素来考虑，但不能把种族作为惟一因素。

这样，最高法院一方面判决加州大学依照“肯定性行动”政策设立的录取定额制度违法，一方面又规定可以将种族作为考虑升学申请的一个因素，实际上又反过来支持了“肯定性行动”政策。这个极为圆滑的双重判决，使坚决支持和激烈反对“肯定性行动”政策的两派人士如坠云雾、无所是从。最高法院的判决虽然是法律决定，但对政治后果的慎重考虑显然对

个别大法官的判决产生了相当重要的影响。

三、从体制性歧视到“肯定性行动”

在美国这样一个白人占多数和白人男性占据统治地位的社会，在升学和就业这两个对每一位美国人一生命运具有至关重要影响的问题上，由美国总统和联邦政府出面颁布和推行一系列优惠和照顾黑人等少数民族的特殊政策和法案，绝不是偶然的。

美国是一个由 200 多个不同的种族、族裔、民族血统和文化传统组成的移民国家，号称是世界民族的大熔炉。但是，在美国历史上，“民族大熔炉”的神话主要是对白人移民而言，而少数民族（主要是印第安人、黑人和亚裔等所谓“有色人种”）的美国经历却充满了痛苦和辛酸。美国开国元勋在《独立宣言》中提出的“人人生而平等”的口号，准确地说只是“所有白人生而平等”。早期美国经济的发展和繁荣，伴随着对缺乏自卫能力的印第安土著居民的野蛮屠杀，

更交织着对黑人奴隶的残酷奴役。这些历史悲剧制造了延续至今的种族矛盾和种族仇恨。

19 世纪 60 年代的南北战争摧毁了南方奴隶制，使被奴役长达两个世纪之久的黑奴成为自由人。北方的共和党人挟内战胜利之势，在重建时期（1865—1872 年，指联邦政府直接控制南方叛乱各州期间）连着通过了三项宪法修正案（第 13、14 和 15 条），试图从宪法上废除奴隶制，给予黑人公民权，并规定联邦政府有责任保护公民权利。但是，重建结束后，南方各州利用美国联邦制民主体制的独特性以及白人政治、经济和文化力量强大的优势，以合法的民主程序通过了一系列种族隔离和歧视的法律，继续剥夺黑人权利。1896 年，美国最高法院在普莱西诉弗格森案（Plessy v.Ferguson，1896）的判决中，以“隔离但平等”（separate but equal）为由承认了南方种族隔离制度的合宪性，使黑人在南北战争之后又遭受了长达一个世纪的体制性歧视和迫害。

20 世纪 50 年代后，废除种族隔离制度和确立社会公正的呼声日益高涨。1954 年，在布朗诉教委一案（Brown v.Board of Education of Topeka，1954）的裁决中，美国最高法院终于推翻了“隔离但平等”原则，判决南方州种族隔离的教育体制违宪。可是，南方各州对布朗案的判决进行了大规模的抵制，此后 10 年，南方 11 个州中只有 2%的黑人学生真正进入黑白合校的学校学习。为了对付南方州对布朗案判决的抵制，联邦政府不得不多次出动全副武装的军队保护黑人学生进入南方州公立大学读书。

联邦政府的这些措施与当时风起云涌的黑人民权运动交相呼应。为了彻底推翻南方州的种族隔离制度，美国黑人自 50 年代中期始，由小到大，由点到面，开展了一场惊天地、泣鬼神的民权运动。黑人的斗争得到了美国主要新闻媒体的同情和积极声援，全美各大电视台经常临时中断正常节目，实况转播南方

州警察对黑人示威群众施暴的场面。新闻媒体中不断出现的黑人大规模示威和警察动武的流血场景震撼了全美各界和整个国际社会，北方各州的白人纷纷集会示威，要求联邦政府和国会立刻出面干预，废除南方的种族隔离制度。在社会局势有可能失控和民权运动有可能转向大规模暴力的压力下，美国国会终于先后在1964、1965和1968年通过了三个被统称为“第二次解放黑奴宣言”的民权法案，从法律上彻底结束了种族隔离和种族歧视制度。

民权法案的通过虽然使黑人在法律上获得了平等地位，但要完全铲除种族歧视遗留的恶果、实现真正意义的种族平等却绝非易事。种族歧视给美国黑人造成的恶果固然多不胜举，但其中尤以黑人在教育领域的落后所造成的后果贻害最大。与千百万怀着“美国梦”来到新大陆寻求更好生活的世界各国自由移民不一样，美国黑人是被枷锁和镣铐捆绑到新大陆来的奴隶，在长达两个世纪的奴役生活中，他们被彻底剥

夺了受教育的权利。有些白人种植园主甚至禁止黑奴翻阅《圣经》，因为他们担心，一旦黑奴读书识字，通晓了“人人生而平等”的道理，奴隶制的末日就将来临。南北战争之后，黑人虽然在名义上获得了自由，但在社会各个领域中继续遭受种族隔离和种族歧视之害，相当多的一部份黑人处于贫困和愚昧的深渊之中难以自拔。美国最高法院首位黑人大法官瑟古德。马歇尔（Thurgood Marshall，任期 1967—1991年）在贝基案的意见书中一针见血地指出：“美国黑人的经历与其他族裔群体的差别不是程度上的，而是本质上的。”美国黑人长期以来处于受奴役和被歧视的地位，被排斥在美国主流社会之外，当黑人终于争取到法律上的平等地位之后，不仅面临现代科技社会激烈竞争的挑战，而且判断胜负的标准皆由白人主流社会确立。美国社会一向标榜和信奉凭借个人奋斗和平等竞争去争取成功，但这种价值观忽视了因历史原因造成的巨大不平等，就好像是让一个镣铐乍除、遍

体鳞伤的普通人与一个训练有素、身强力壮的运动员站在同一起跑线上、按照同样的规则在竞赛场上竞争一样，这种表面上的平等竞争完全掩盖了实质上的不平等。

1965 年 6 月，提出建设“伟大社会”口号和标榜“公平施政”的约翰逊总统在由黑人创办的哈沃德大学（Howard University）应届毕业生典礼上发表讲话，强调黑人仅仅争取到法律上的平等竞争地位是不够的，联邦政府应采取特殊措施对少数民族予以帮助，以求达到实质意义上平等竞争的最终目标。约翰逊总统这次讲话是联邦政府第一次公开宣布应对少数民族予以特殊照顾和优惠，从而在推动“肯定性行动”政策和促进实现真正意义上的平等竞争道路上迈出了重要一步。这种特殊照顾政策的实质，是要求美国社会中的强势群体做出一定让步，在激烈的自由竞争赛跑中，允许弱势群体在比赛正式开始之前先跑上一段路，借此改变因历史原因造成的竞争起点极度

不平等的不公正现象，达到种族和谐和社会平等的最终结果。

现代文明社会的基本诉求是发展和平等，一种制度、一个国家的兴衰、先进、落后取决于对这两个重大问题解决的程度。“肯定性行动”政策的实质，是由联邦政府出面充任促进种族利益协调人这种费力不讨好的角色，通过向少数民族提供更多的提升政治、经济和社会地位机会的政策，补偿几百年来对黑人等少数民族的奴役和歧视所造成的伤害，纠正美国社会各领域中令人深感耻辱和难堪的种族歧视现象，润滑美国社会中紧张的种族关系，推动美国社会向更平等的方向发展。不过，这项政策不是一个修改美国社会中竞争规则的永久性的法律规范，而是对以往受到伤害的弱势群体的利益予以补偿，可以说是一种具有补偿性和还债性的民族政策。

在一个基本上由多数人的选票决定一切的民主社会，多数人在多数情况下能够维护自身的利益，而

少数人在多数情况下则很难维护自身的利益。然而，民主制度的真谛却恰恰在于容纳和保护少数人。由于声势浩大的民权运动的推动以及最高法院和联邦最高行政部门的干预，一系列维护弱势群体利益的民权法案终于在美国这样一个白人占多数的国家得到通过和实施。由于民权法案的通过，白人对少数族裔的歧视和偏见已由道德问题急剧升格为法律问题，政府部门、私营企业、商店旅馆在对少数族裔的态度以及在雇佣和晋升等问题上稍有差错，立刻就会官司缠身并被迫付出巨额赔偿，普通公民若有种族歧视的公开言行，则有可能遭受民事起诉和面临被雇主解雇、学校退学的严重后果，致使公开的种族歧视在美国社会中已失去了存身之地。

200 多年以来，美国社会从种族奴役走向解放奴隶，从种族隔离走向民权运动，从取消法律上的不平等走向对少数族裔、妇女和残疾人等弱势群体利益的刻意维护，这不能不说是一个伟大的历史性进步。

四、规则不平等与逆向歧视但是，从严格意义的法律角度看，“肯定性行动”政策是一项“不平等”的政策。一般来说，人类社会的平等可分为三种：起点平等、规则平等和结果平等。历史证明，实现真正意义上的起点平等和结果平等都是不可能的，惟一可以做到的只能是规则平等，而“肯定性行动”政策却对竞赛场上规则平等的原则进行了修改。

对联邦政府行政部门而言，为了纠正以前种族歧视的弊端，缓和社会矛盾，在一定历史时期之内，实质平等和社会公正的原则可以暂时高于规则平等的原则。“肯定性行动”政策的一个主要特点，正是不拘泥于规则平等原则，以一种矫枉过正的特殊形式对弱势群体的利益予以补偿和照顾，以求达到起点平等、公平竞争的最终结果。

可是，由于规则不平等，尽管愿望良好，理由充足，但结果实际上却是对白人的体制性逆向歧视，使

白人不得不在社会生存竞争的竞赛场上为“祖宗欠的债”付出沉重代价。从就业角度看，美国是一个典型的自由竞争的社会，无论申请哪一个层次的工作和岗位，申请者都会面临激烈的竞争；从升学角度看，一个学生能否被著名法学院或医学院录取，往往会决定其一生命运的兴衰荣辱；从商业角度看，能否争得政府部门的商业和工程合同，常常关系到一家企业或公司的生死存亡。然而，根据“肯定性行动”政策，白人不仅在能力和考试成绩相同或相近的情况下必输无疑，而且在能力和成绩明显高于少数族裔时也有可能败下阵来。

一些自由派经济学家认为，在美国这样一个私有制自由市场经济国家，强制施行“肯定性行动”政策的照顾措施，意味着联邦政府对私有企业内部管理事务的干涉，意味着联邦政府对投标政府合同的商业活动的无理干预，不仅限制了私有企业老板雇佣员工的自由权利，而且破坏了在公平竞争基础上分配政府合

同的经济机制。联邦政府手头有上万亿美元的商务和工程合同，是私有企业的最大客户，所以私有企业只有俯首听命的份儿，一点儿脾气也不敢有。这种现象与美国宪法制定者设想的那种维护私有产权和私有制经济神圣不可侵犯的政府职能是南辕北辙的。

“肯定性行动”政策的另一个饱受指责之处是，它可能会使无辜者承担补偿政策所造成的不良后果，也会使一些从未受到过种族歧视伤害的人凭空获益。与其它一些社会救济、福利等方面的公共政策不同，“肯定性行动”是一项单纯以族裔、肤色和性别这些群体差别作为施行照顾措施标准的“一刀切”政策。只要你是少数族裔或女性，而不管是什么样的少数族裔或女性，你都可以在竞争中受到若干照顾。相反，只要你是白人，而不管是什么样的白人，那你就成了天生的倒霉蛋，再受歧视也没人心疼。

比如，一位黑人富商是 20 世纪 90 年代从非洲摩洛哥王国移居美国的投资移民，其远祖与几百年前

被贩卖到北美的黑奴根本不沾边。而一位白人工人家住北方的宾西法尼亚州，其祖先在美国独立战争结束后移民美国，在南北战争时曾参加联邦军队，为维护国家完整和废除奴隶制浴血奋战，其家族成员一直是废奴运动和民权运动的支持者。而且，由于宾州早在18 世纪美国独立战争结束前就已立法禁止奴隶制，所以在这位白人劳工家族史上没有任何人曾奴役过黑奴。可是，在申请进入宾州州立大学医学院的竞争中，尽管白人劳工家族世代在宾州居住并以税金的形式向联邦、州政府和州立大学交纳了大量金钱，尽管白人劳工的儿子勤奋努力、品学兼优，考试成绩和综合能力高于黑人富商的女儿，但他仍然有可能在入学竞争中输给新来乍到的黑人富商的女儿。显然，在很多诸如此类的个案中，这种只问肤色性别、缺乏具体问题具体分析、为一个黑人富家儿女在竞争中保留特别位置从而把一个白人劳工的儿子排除在外的现象是极不公平的。

对“肯定性行动”政策不满的不仅是白人，而且包括一些少数族裔人士。身为黑人的加州大学董事会董事康纳利（Ward　Connerly）认为，这项政策中的一些特殊照顾措施，实际上等于公开宣布少数族裔无力与白人进行真枪实刀的竞争，只能靠族裔和肤色占尽先机，这实际上是对少数族裔的公开贬低。少数族裔需要的是平等公正，而不是所谓特殊照顾和优惠。在实践中，这项政策的受惠者也有限，只是为已经进入上流社会权势阶层的一小部份黑人和白人女性提供了进一步高升的特殊方便。

康纳利提出的此类批评如今在美国政坛已逐渐成为一个敏感的政治问题。2001 年 5 月，美国亚裔商会代表在白宫拜见小布什总统时，当面感谢小布什提拔华裔赵小兰和日裔峰田出任内阁部长。小布什听后立即严肃地回答：赵小兰和峰田入阁完全是因出类拔萃的能力和品德，与族裔背景根本没有任何关系。美国和世界各国的新闻媒体经常讥笑大学平均积分

成绩（GPA）为 C 的小布什总统既不懂内政也不懂外交，其实未必如此，如果小布什总统当时稀里糊涂地顺着亚裔代表给搭的台阶往上走，那他的政治麻烦可就大了。

反对“肯定性行动”的人士认为，“肯定性行动”政策根本就不是平权法案，而是反平权法案，是对白人男性的体制性逆向歧视。这项政策不仅在入学和就业等人生大事上对白人男性极不公平，而且也容易使少数族裔滋长不劳而获和低人一等的观念。更为严重的是，这项特殊照顾政策把以族裔和肤色为基础的少数民族权利置于美国公民权利之上，损害了以勤奋努力和个人奋斗为基础的美国精神。据《华尔街日报》和美国广播公司（ABC）1992 年的一项民意调查，三分之二的美国人认为“肯定性行动”政策已完成其历史使命，今后，美国政府无需为补偿过去的歧视和不平等而给予黑人等少数民族以特殊照顾。

但是，“肯定性行动”的支持者坚持认为，仅仅

实行了 30 余年的“肯定性行动”政策根本无法纠正和在真正意义上补偿对黑人长达三个世纪的奴役和歧视所造成的恶果和伤害。尽管黑人的政治和经济地位有了重大改善，但总的来说，黑人在美国仍然处于二等公民的地位，黑人和白人之间在教育水平、平均工资、社会地位等方面都有明显差距。此外，尽管公开的种族歧视已不常见，但白人种族主义的偏见仍然根深蒂固地存在于美国社会之中。因此，“肯定性行动”政策不仅尚未完成它的历史使命，而且路途漫漫，任重道远。

极具讽刺意味的是，加州大学在 60 年代曾是全美大学争取平权运动的排头兵，在 70 年代因设置录取定额和贝基诉讼案名噪一时，但在 90 年代，加州大学却摇身一变成为争取废除平权法案的急先锋。1997 年加州大学董事会趁当年加州全民公决废除平权法案之际投票通过决议，宣布加州大学今后在招生、雇人、工程招标时不再照顾少数族裔和妇女，从而使

加州大学成为美国第一个公开宣布废除“肯定性行动”政策的公立机构。加州大学宣布废除“肯定性行动”政策一事表明，这项特殊照顾政策只是一个具有临时性和补偿性的民族政策，绝非是一个修改美国社会中竞争规则的永久性法律，它是不可能无限期地施行下去的。

在决定国家当前和未来大政方针的纲领性和方向性问题上，美国最高法院一向处于一言九鼎的特殊地位。但是，对于“肯定性行动”政策这种敏感的政治问题，最高法院近年来引人注目地采取了一种沉默和观望的政策。从 90 年代初期起，全美各州地方法院挑战 1978 年贝基案判决的上诉案开始增多，比较著名的案例是 2001 年的侯普伍德诉德州案（Hopwood v.Texas，2001）。这场官司的背景是白人学生控告德州大学法学院将种族作为考虑入学申请的因素之一，致使成绩和综合能力较强的白人学生被拒之门外。1996 年联邦第 5 上诉法院做出了有

利白人学生的判决，德州大学不服判决，把官司打到了最高法院。但最高法院拒绝受理德州大学的上诉，此案又被踢回下级法院重审，并于 2001 年再次上诉到最高法院。可是，最高法院于 2001 年 6 月不但再次拒绝审理侯普伍德诉德州案，而且根本不解释拒绝审理此案的原因。

最高法院对挑战贝基案判决的上诉案采取沉默和观望的政策不是偶然的。大法官们深知，最高法院一言九鼎、至高无上的权威来之不易，为了避免莽撞断案引火烧身，对于那些可能影响全局、争议极大的法律诉讼案，老谋深算的大法官们常常故意退避三舍，先让地方法院和上诉法院摸着石头过河，待到条件和时机成熟之时再由最高法院出面一锤定音，这是最高法院审理影响全局的重大案例时惯用的高招儿。面对上诉法院接二连三的挑战，最高法院的沉默和观望政策还会持续多久，人们将拭目以待。

实际上，保持沉默和静观待变乃很可能是应对涉

及“肯定性行动”政策上诉案的最佳办法。要知道，加州大学之所以敢为天下先，加州大学董事会的立场之所以与 20 年前戏剧性地截然相反，实际上与白人在加州全州人口的比例已经接近 50%直接有关。换言之，由于白人在加州即将成为少数民族，白人已有同等权利要求“肯定性行动”政策的特殊照顾。

当白人不再占人口多数以及欧洲文化不再成为占据绝对优势地位的主流文化之时，当“肯定性行动”政策不消自灭之后，在美国这种多民族与族裔“沙拉盘”式混合的多元文化环境中，强势族裔如何与弱势族裔共处，强势群体如何与弱势群体共存，恐怕将是美国社会自立宪建国、解放奴隶、新政变法、二次大战、越南战争、民权运动六次历史性大变动之后面临的全新挑战。

第二十四章

星条旗保护焚烧它的人

——得克萨斯州诉约翰逊案（1989）

爱国主义是普通百姓共同的情感，世界各国都有，只是表现形式不同。有的国家是用充满激情的口号，有的国家是用声势浩大的集会游行，也有的国家是自发地悬挂国旗。在美国，每逢7月4日独立日或其他重大场合，很多家庭就会在自家门口插上国旗表示庆祝和团结。2001年9月11日，恐怖主义者劫持了美国飞机，撞毁纽约世界贸易中心姐妹楼和华盛顿五角大楼，造成近4千人死亡的悲剧。事发之后，美国商店里的国旗被一抢而空，家家户户悬挂国旗，表达在国家受难之际人民的忠诚和团结之情。据统计，“9.11”之后，美国商店出售的国旗至少有两亿面之

多。

在美国，没有其他任何象征能比国旗更为重要和扯动情感的，连美国的国歌都是以颂扬国旗为主题。这首《星条旗永不落》（the star-spangled banner）是作者弗朗西斯科（Francis Key）爱国情感的自然流露：在 1812 美英战争之初，弗朗西斯科被英军俘虏，囚禁在英国的军舰上，当他看到海岸堡垒上美国的国旗在英军猛烈的炮火中依然高高飘扬时，触景生情，心潮澎湃，一气呵成这首不朽的歌曲。因此，在一般美国民众看来，国旗象征了美利坚民族的辉煌和荣耀，代表了国家的团结和伟大，为此，美国 50 个州中有 48 个通过了保护国旗不受玷污的法律。

正因为美国人视国旗为神圣的象征，因此，世界上反对美国的人们也常常以焚烧美国国旗为乐事，表达他们对美国外交政策和生活方式的不满和愤怒。见到此情此景，美国人虽然痛心疾首，但也无可奈何，因为那毕竟是发生在世界其他地方的事情，美国管天

管地，也管不了其他国家民众的放火焚旗。

不过，就是在美国的地盘上，也有一批对自己政府不满的美国人以焚烧国旗作为表达自己观念的方式，来批评和抗议美国政府的一些做法。他们知法犯法，目的就是维护他们所认定受美国宪法第 1 项修正案保护的“表达自由”。

一、约翰逊扯旗焚烧 惹上官司 1984 年 8 月，共和党在美国西部得克萨斯州（Texas）的达拉斯举行全国大会，再次推选保守的现任总统里根（Reagon）作为共和党总统候选人，竞选连任。在其第一届任期内，里根对内实行“杀贫济富”的财政和税收政策，对外扩军备战，与苏联进行新的冷战。他的这些内外政策遭到了一些左派人士的猛烈批评。

对左派人士来说，共和党大会也是他们表达不满和愤怒、吸引民众和媒体眼球的大好时机。一群号称是“革命共产主义青年旅”（revolutionary

communist youth brigade）的团体百十号人，在其领导人约翰逊（Gregory Lee Johnson）的率领下吵吵嚷嚷地穿过达拉斯市中心，抗议共和党偏袒大企业的政策。他们一边呼喊反对共和党、反对里根的口号，一边用喷枪向沿路的政府机构大楼涂鸦，还不时地破坏草坪和绿树泄愤。其中的一位随手拔下一家银行门前的国旗给约翰逊——本来，这面国旗是为了庆祝共和党大会而悬挂的。当他们示威来到市政厅前，约翰逊将一瓶煤油倒在了这面国旗上，他的伙伴则用打火机将其点燃。这些示威者一边焚烧，一边开心地欢呼歌唱："美国，红、白、蓝，我们对你吐口痰。"

当时有不少旁观者在场，但面对狂热亢奋的示威者，他们敢怒不敢言。等到示威者散去后，一位叫丹尼尔。沃克（Daniel Walker）的旁观者才小心翼翼地收拾起被焚国旗的残片，伤心地把它埋葬在自家后院。

一位便衣警察目睹了整个过程，并用对讲机向警

察总部作了报告。警察随后逮捕了约翰逊，并指控他违反了得克萨斯的一项州法，该法禁止亵渎“庄严的东西”（venerated object）——它们不仅包括美国国旗，而且也包括得克萨斯州旗、公共纪念物和墓地。除了阿拉斯加（Alaska）和 Wyoming 两个偏远州外，当时美国其他 47 个州和华盛顿特区均有类似的地方法律。

那么何谓亵渎呢？该法的定义是：行为者明知其破坏行为会严重冒犯那些看到和发现其所作所为的人，仍一意孤行。

因此，此案的关键是必须有人出来作证，声明约翰逊的焚烧国旗行为伤害了他们。检查官很容易就找到了沃克等目击者作为证人，他们明确表示，焚烧国旗是对他们情感的严重冒犯，为此他们心痛不已。约翰逊立马被判有罪，处以有期徒刑一年和 2000 美元罚款。

约翰逊和他的伙伴当然不服，便将案子上诉到得

克萨斯的刑事上诉法院（the Texas court of criminal appeals）。在法庭上，约翰逊对自己的所作所为振振有词："我烧国旗时正是里根被提名为总统候选人。不管你是否同意，当时没有其他象征性的言论能比焚烧国旗更有力地表达（我们的看法）。这完全是一个姿态。我们有新的爱国主义，不是没有爱国主义。"

出乎达拉斯地方检察官的意料，上诉法院不仅推翻了定罪，而且接受被告辩护律师的看法，认定约翰逊的所作所为乃是一种"象征性的言论"（symbolic speech），因此应该受到宪法第 1 项修正案言论自由条款的保护。违反美国宪法的不是约翰逊焚烧国旗，恰恰是禁止并惩罚损坏国旗的这项得克萨斯州法！

在地方检查官和普通民众看来，这一判决简直就是颠倒黑白、为虎作伥。但这些法官却振振有词，搬出了 41 年前最高法院在 West Virginia board of education v.Barnette 一案中的裁定。在该案中，最

高法院裁定，向国旗致敬是一种表达的形式，受到宪法第 1 项修正案言论自由条款的保护，因此政府强迫公立学校的学生向国旗致敬就是违反“言论自由”。同理，焚烧国旗也是一种表达，自然应受宪法保护。

不过，得克萨斯刑事上诉法院无权宣布得克萨斯州法违宪，而且这一问题毕竟涉及到无数美国民众对国旗神圣情感的大问题，众怒难犯，还是推给联邦最高法院的好。因此，他们要求最高法院审查州法是否合乎宪法。这就给了检方一个申诉的机会。

二、言论自由绝对 焚烧国旗无罪五年后，这个官司才在最高法院开庭审理。

1989 年 3 月 21 日，控辩双方进行了一场激烈的辩论。达拉斯的地方检察官主要强调两点：一是得克萨斯州法之所以要制裁焚毁国旗这类行为，是因为它们严重冒犯了（offense）无辜者的利益，从而破坏了社会的安定团结（breach of the peace）；二是

“国旗作为民族和睦和国家团结的象征”，得克萨斯州有着义不容辞的维护之责。

为约翰逊辩护的律师名叫威廉。肯斯特勒（William Kunstler），此公一向以为左派辩护而出名。他辩解说，约翰逊和他的伙伴所进行的示威完全是非暴力的，他们也没有向目睹焚烧国旗的路人挑衅，怎么就能说他们这一表达自己政治倾向的做法对这些人构成了损害？这完全是欲加之罪。

在这一案件的法庭内部讨论中，最高法院法官中的开明和保守两派泾渭分明，意见针锋相对。布伦南（William J. Brennan， Jr.）等 3 位开明派大法官坚持“言论自由”的绝对性，斯科勒(Antonin Scalia)虽然是保守派，但却是言论自由的坚定支持者。首席大法官伦奎斯特（William Rehnquist）等 4 位保守派则强调焚烧国旗不是一种言论表达，而是一种有害社会稳定的行为。由于两派意见尖锐对立，1988 年刚刚由里根提名任命的大法官肯特（Anthony

Kenndey)投下了关键的一票 :他站在了开明派一边。最终，最高法院以 5：4 的票数通过了维持得克萨斯刑事上诉法院原判的决定。

25 年前，就在同一个法庭，布伦南大法官就《纽约时报》公司诉萨利文（New York Time Co.v.Sullivan）一案起草了著名的判决书，这次，在其大法官生涯即将结束之前，他再次成为言论自由的守护神。在由他起草的多数意见中，布伦南非常巧妙地区分了“言论”（speech）和“行为”（conduct）之间的不同，因为对美国政府来说，限制有害行为要比限制有害言论容易得多。因此，他首先强调约翰逊的亵渎虽然也是一种行为，但却是一种“表达行为”（expressive conduct），因为它旨在“传达一种特定的信息”。他引用以前的案例说明，它“带有足够的交流万分而成为宪法第 1 和第 14 项修正案的保护对象”。

但在“表达行为”（expressive conduct）和“纯

粹表达”（pure expression）之间还是有区别的，因为最高法院在美国诉奥布利（United States v.O'Brien）案中裁定：“如果同一行为中既有言论成份又有非言论成份时，而且政府有充足的和重要的理由来调节非言论成份时，对宪法第1修正案的自由可加以偶尔的限制。”据此，得克萨斯州认定约翰逊的焚旗行为包含了一种有害的非言论成份，必须加以限制，因为他完全可以不采取这一亵渎行为来批评美国。

针对这一说法，布伦南指出，得克萨斯州不能因为焚旗所包含的有争议性的内容或者仅仅因为造成对他人的冒犯，而以这种“偶然调节”作为限制言论的借口。既然是焚旗所表达的政治信息而非焚旗本身伤害了他人，因此，它实际涉及的就是言论，而言论自由是最根本的宪法权利，因此，对它的任何限制必须经受“最严格的审查”。而根据最高法院 1969 年的一项判决，只有那种煽动他人立即进行无法无天暴行的言论才能根据美国诉奥布利案的先例加以限制，

而约翰逊的所作所为显然没有到达这一地步。

至于控方律师所云得克萨斯州有义务保护作为国家象征的国旗，布伦南表示，在民众的情感中国旗的确有其“特殊的地位”，但约翰逊的行为“将不会对我们的国旗所起的特殊作用以及所激发起的情感构成危险”。他还引用70年前霍姆斯（Holmes）在艾布拉姆斯诉美国案（Abrams v.United States）中所表达的异议，声称“没有人会认定，这样一个无名之辈的这一姿态会改变我们民族对其国旗的看法”。

布伦南用一句话概括了他对公众自由的看法：“如果存在着一项支撑宪法第一项修正案的根本原则的话，那就是，政府不能因为社会感到某种观念激进或不能接受（offensive or disagreeable），就可以简单地禁止其表达。”根据这一原则，“州政府防止扰乱治安的公共利益并不支持这项定罪，因为约翰逊的行为并未威胁扰乱治安。州对维护国旗作为民族和国家统一象征的愿望，亦不足以支持其对（约翰逊）

政治表达的刑事定罪。因此，我们维持得克萨斯刑事上诉法院的判决”。

在保守派的反对意见中，几位大法官更多的是用情感而不是逻辑来表达他们的反对意见。

首席大法官伦奎斯特是位参加过第二次世界大战的老兵，对国旗有着神圣的感情。据当时在场的记者报道，布伦南在宣读多数意见时，坐在旁边的伦奎斯特多少有点怒目而视。在其反对意见中，伦奎斯特用整整 6 页的篇幅，从美国革命到越南战争的历次战争所产生的爱国主义诗歌和文学中摘引资料，考察了国旗在美国文化和传统的重要性。

伦奎斯特指出：“200 多年来，美国国旗作为我们民族的象征，有着独一无二的地位。这一特性使政府有理由禁止约翰逊焚烧国旗这类行为”。接着，他就从美国革命一路谈起，谈到 1812 年战争、南北战争、一战二战、韩战越战等历次战争中国旗的作用，最后，他用充满感情、带有诗意的语言描述了国旗的

神圣：“不论是和平还是战时，国旗都是我们国家的象征。从国会山到数以千计的地方法院和市政厅，在战舰、飞机和军事基地上，国旗标志着我们国家的存在。两面国旗安插在我们法庭的显著位置。在每年的阵亡官兵纪念日（Memorial day），无数国旗被安放在死去亲人的坟墓上。根据传统，国旗覆盖在美国阵亡官兵的棺木上，然后交给其家属……国旗鉴别着合众国的贸易船只，且无论国旗飘扬在何处，联邦法律都保护着我们的商业。”因此，“没有任何其他的美国象征受到和国旗同样普遍的荣誉”。“不论他们具有何等社会、政治或哲学信念，成千上万的美国人对它表示着一种近乎神圣的崇敬。”在他看来，“约翰逊公开焚烧美国国旗并非是阐述任何观念的必要部份，同时却可能煽动扰乱治安。……这种抗议形式深深触怒了许多人。得克萨斯州法律允许所有其他形式的象征性言论以及一切可以想像的口头言论来表达他对国家政策的深切不满”，但他却选择了公开的焚旗，因此，

约翰逊的所作所为不仅不是一种值得保护的言论，而且“无异于口齿不清的鼓噪或叫嚣”，“应用于本案的得克萨斯州法律应受到肯定”。

另一位二战老兵出身的大法官史蒂文斯（John Stevens）平时很少表示不同意见，此时也按捺不住自己的情绪，在独自提出的异议中动情地指出：国旗所代表的象征并不只是“民族和国家的统一”，它还“标志着选择这个象征的社会观念以及激发这些观念茁壮成长的特殊历史。它象征着勇气、决心、以及把十三州的雏形变成世界大国的天然智慧，象征着自由、平等机会、宗教宽容和其他类似的民众的良好意愿”，因此，“作为象征，国旗无价”。他还把国旗与美国人的爱国激情联系起来，历数了美国前辈先哲为国旗的荣誉而奋斗的事例，声称“如果自由和平等的观念值得为之奋斗的话——我们的历史证明它们是值得的，那么，国旗作为这些观念所具有力量的独特象征，值得我们保护免遭不必要的玷污就是不证自明

的”。

大法官肯特投下了多数票中关键的一票，他也特别写下为自己行为辩解的补充意见：“一个严酷的事实是，有时我们必须作出我们不喜欢的决定。我们这样作，是因为他们是对的，在宪法和法律决定结果的意义上，它们是对的。”他无奈地承认：“本案最能显示运用司法权力所经常遇到的困难……国旗历来表达着美国共享的信念——对法律、和平及维系人类精神的自由的信念。本案的决定迫使我们承认坚持这些信念所要付出的代价。一项痛苦而又基本的事实是：国旗保护那些蔑视它的人。”肯特的感叹反应了美国知识精英对言论自由原则近乎宗教般的顶礼膜拜，甚至连保护国旗——这一最为美国人珍视的自由象征——的行为，也必须服从言论自由这一原则，而不能有所例外。

这一判决出乎很多法律专家的预料，因为根据美国的宪政传统和对宪法第 1 条修正案的保护越来越

充份的趋势，票数不应该如此接近。可见，这一表决实际上反映了进入 80 年代以后，随着沃伦（Warren）法院开明派大法官逐渐退休，由共和党政府任命的保守派大法官开始占上风，有关判决逐渐朝限制个人权利和联邦政府权力方向摆动。国旗案一年后，布伦南大法官退休，接着，1991 年黑人大法官马歇尔（Marshall）也退休，沃伦时代最终宣告结束。由于卡特（Carter）总统运气不佳，没有机会任命最高法院大法官，结果从尼克松（Nixon）到布什（Bush），4 位共和党总统一共任命了 10 位大法官，而克林顿（Clinton）在 8 年任期中才有两次任命的机会。现在的大法官中有 6 位是共和党任命的。

在烧国旗问题上，开明派大法官为何要向广大民众的爱国主义热情泼冷水呢？这个问题相当复杂。历史教训告诉我们，爱国主义常常走火入魔。想当年，德国法西斯和日本法西斯都是在强烈的爱国主义和民族主义激情上产生的，无数的罪恶和暴行也都是在

爱国主义和国家至上的狂热情绪中进行。因此，在焚烧国旗问题上，冷静和理智显然应当高于激情和狂热。

三、民众哗然 结成同盟争取修宪最高法院的一纸判决，意味着全美 48 个州和哥伦比亚特区有关保护国旗的法律失效。尽管最高法院在判决中强调："事实上，我们今天的判决将加强——而非削弱——国旗在我们社团中理应受到的尊敬。我们的决定再次肯定了国旗本身最能反映的自由原则。我们容忍类似约翰逊在本案中的批评行为，乃是我们力量的标志和源泉……。我们惩罚亵渎，并不能使国旗变得神圣，因为如果这么做，我们就淡化了这个令人崇敬的象征所表达的自由。"但这些措辞根本不足以平息美国护旗爱国主义者的愤怒。自 60 年代位置祷告案以来，还没有哪一个判决引起民众如此强烈的愤怒。报刊上刊登了数千封群众的批评信，新当选的乔治。布什（George Bush）总统——另一位二战老兵——建

议通过宪法修正案来推翻最高法院的决定，众议院通过谴责最高法院决定的议案时无一人投反对票，参议院也不分党派，通过了谴责最高法院决定的两党联合议案，对此，只有三人反对。在美国最大的退伍军人组织——美国军团（American legion）等利益集团的强大压力下，国会两院又很快通过了保护国旗的联邦法律，禁止对国旗进行任何形式的亵渎，而不论此举是否构成对他人的冒犯。

但就在《国旗保护法》生效的当天（1989 年 10 月 30 日），已经获得自由的约翰逊再次焚旗，以身试法——不过这次不是在得克萨斯，而是在美国政治心脏国会大厦的台阶上！但他一不留神却迟了一步，落在了一位来自 Seattle 的艾奇曼（Eichman）女士及其伙伴后面。有最高法院判决的撑腰，艾奇曼等人根本不怕被捕。而且，这些激进派知法犯法的目的，就是要让最高法院判决该法违宪。

案子很快上诉到最高法院。尽管有民众和国会的

压力，最高法院依然我行我素，1990 年 6 月 11 日，在美国诉艾奇曼（United States v.Eichman）一案中，最高法院再次以 5 比 4 的票数判决《国旗保护法》无效，重申其焚旗合法的立场。

这样一来，美国的那些护旗爱国者惟一的希望就寄托在用宪法修正案的办法来推翻最高法院的判决上了——只有这样才能保护他们心目中庄严神圣的国旗。就在这一判决宣布的十天后，护旗派议员在众议院和参议院分别提出了一项保护国旗的宪法修正案，但均因没有超过三分之二多数而失败。

在美国，要通过一项宪法修正案谈何容易！它不仅需要国会两院三分之二多数通过，而且还要在规定的时间内由四分之三州批准。在美国 200 多年的历史上，只有 4 次通过宪法修正案的方式推翻了最高法院的判决。

1994 年 8 月，笔者亲眼目睹了以美国军团为首的 65 个全国性爱国民间社团在国会山下庄严宣誓、

成立美国公民护旗同盟（the citizens flag alliance）的情景。他们发誓要在全美范围内进行一场声势浩大的游说运动，促使国会通过这一修正案。

在美国公民护旗同盟的推动下，48 个州的议会通过决议，表示赞同一项保护国旗的修正案，而且，他们的努力还在国会里获得了积极的回音。但最终，仍然无法通过国会参议院这一关。1995 年、1997 年和 1999 年，众议院先后三次以 312 比 120、310 比 114 和 304 比 124 票的微弱三分之二多数通过了修正案，但参议院的投票结果却差强人意，令护旗派大失所望：1995 年的投票是 63 比 36，离三分之二多数仅差 3 票 ;1997 年该修正案未能列入讨论议程；而 2000 年 3 月的投票则是 63 比 37.尽管是老太太过年，一年不如一年，但美国公民护旗同盟并不善罢甘休，声称“我们将战斗至地狱结冰，然后继续在冰上战斗”。

四、民众与精英较量 民主与法治平衡以美国公民护旗同盟为主体的护旗派都是那些最普通的美国人，他们很认真也很简单地把事务分成好和坏、对与错。因此，在该同盟的组成名单中几乎没有一个知识分子和专业人士团体，基本是一些传统的退伍军人、劳工、移民和妇女组织。盖洛普的民意调查也显示了这一点：在被调查的人群中，高中和高中以下文化程度者有 86%支持修宪护旗，而有大学学位的人群中则有 60%反对这样做。

那么，护旗派的对手又是什么人呢？他们是言论自由的坚定支持者。尽管他们并不认为焚烧国旗的作法得当，但他们却相信表达自由原则的至高无上，尊重最高法院的开明判决。这些人恰恰是美国社会的精英，特别是那些创造思想、制造文化、控制舆论、主导潮流的知识分子。为了维护个人的表达自由权，他们非常理性地接受国旗被践踏、遭污损的现实，承受由此不得不付出的情感上的代价。

因此，就阶层构成而言，这场轰轰烈烈的护旗运动实际上可以看作民众与精英的较量。

如果用简单的全民公决来决定是否修宪护旗，护旗派必将大获全胜。但是，美国宪政的巧妙之处在于，它不仅在制度上保证民主的权威，同样也限制多数的专断，保护少数的权益。由制宪先贤精心设计的美国宪政体制不仅旨在防止个人的独裁，而且也要阻止多数的暴政。这一制度设计的最大特点不是它的民主，而是它的法治——它以非常明确的语言极为具体地规定了重大政治问题上的法律程序。以宪法修正案为例，它首先必须在国会两院以三分之二多数通过，其次要在规定的时间里经四分之三州批准。

护旗派难以实现其目标，说明美国政治的精英性，但这并不能否认美国政治的另一个特性，即它的草根性。70 年代初到 80 年代初有关平等权利的宪法修正案（equal right amendment：ERA，平等权利修正案，又译男女平权修正案）的命运则证明了后者力

量的强大。

美国社会中女权主义力量之大、势头之猛、冲劲之足，令人咋舌。仅以最能够反应社会变迁的语言为例，不仅中性化的 chairperson 代替了 chairman，而且出现了用女性历史 herstory 代替实际上不分性别的 history、用中性化的 humankind 代替 mankind 的现象。女权主义者对传统妇女角色的挑战深得知识分子的支持，但他们打造的“平等权利修正案”（ERA）尽管早在 1972 年就由国会两院以三分之二多数通过，但是，到法律规定的 1982 年 6 月各州批准的最后期限内只争取到了 35 个州的批准，离所需要的 37 个州仅差一步之遥。女权主义者和他们的支持者十年的苦苦努力前功尽弃！显然，美国广大民众还是认同于传统的妇女观。

焚烧国旗案非常典型地凸现美国宪政的若干特点：

首先是司法和立法的制衡。最高法院可以裁定焚

旗合法，从而导致 48 个州地方法律失效，但国会可以通过联邦法律表明立场；在最高法院判处该法违宪后，国会可以寻求宪法修正案来推翻法院判决。

其次是国会内部的制衡。宪法修正案需要参众两院分别以三分之二多数通过。

第三是联邦和州的制衡。国会通过的修正案必须经四分之三州的批准才能生效。

第四是精英和民众的制衡。大众以“量”取胜，但精英则以“质”见长。在 ERA（平等权利修正案）中，精英虽经苦战，仍无法获得四分之三多数；而在护旗案中，它却可以轻易获得三分之一的少数而占据上风。

最后，在争取宪法修正案的过程中不可以成败论英雄。昨日的 ERA（平等权利修正案），今日之护旗运动，都是极有影响的政治社会化进程，它使无数人认识到男女平等权利之重要、言论自由之珍贵、国旗之意义，学习到美国宪政法治的动作程序。

美国最高法院判决焚烧国旗合法后，很多人猜测这下子美国国旗一定遭殃倒霉了，出售星条旗的商店肯定发财了。但信不信由你，此案判决后，美国国内焚烧国旗的事件几乎绝迹了。如果连烧国旗都合法，那烧它还有啥意思？

由此看来，不让吃的饽饽才是最香的饽饽——古今中外似乎都是一个理儿。

第二十五章

新闻自由与公正审判的两难抉择

——罗德尼。金诉洛杉矶市警察局案（1992）

美国新闻媒体历来标榜客观中立，以揭露事实真相为职业的最高追求，其中司法新闻更是强调以事实为生命。但是，由于主客观因素的限制，新闻报道实际上不可能包括事实真相的全部细节，它只能接近事实，或者只能是一种有选择性的事实。

回首往事，1992 年洛杉矶市发生的震憾全球的黑人大暴乱事件，就与新闻媒体报道罗德尼。金（Rodney　King）被殴案时对原始录像画面的剪裁取舍有直接关系。

一、震惊全美的无罪判决 1991 年 3 月 3 日，堪

称美国当代史上悲喜交集的一天。是日，伊拉克政府宣布接受美国为首的联军提出的停火条件，海湾战争正式结束，美军以 148 人阵亡、458 人负伤的代价，取得了重创伊拉克军队 42 个师、一举收复科威特的空前胜利。

同一天，在美国第二大城市洛杉矶，4 名白人警察殴打黑人青年罗德尼。金的过程被人偶然摄入录像镜头，4 名警察遂因刑事罪遭到加州地方法院起诉。

一年后，以白人为主的陪审团判决“被告无罪”。判决一出，当地黑人群情激愤，聚众闹事，烧杀抢劫，引发了一场震惊世界的大暴乱。短短几十小时内，54 人“阵亡”，2328 人受伤，1000 多栋建筑物被焚毁。瞅着那浓烟四起、满目疮夷的景象，令人整个儿感觉是置身于刚刚遭受过猛烈空袭的中东古城巴格达。

实际上，当得知无罪判决结果时，绝大多数美国人都深感惊讶、意外和愤慨。在长达一年多的时间里，4 名警察野蛮殴打罗德尼。金的录像画面经 ABC、

NBC、CBS 全美三大电视新闻网和有线电视新闻网（CNN）反复不断地播映，已经深深地印在了美国人的脑海中。民意测验表明，在看过电视录像的观众中 92%的人认为白人警察有罪。得知判决结果和爆发种族暴乱的噩耗后，当时的美国总统老布什（George Bush）大发雷霆，他叮嘱联邦司法部一定要以违反联邦民权法的刑事罪重新起诉 4 名白人警察。

要说这事可真是有点儿怪了，既然看过电视新闻的绝大多数美国人，包括老布什总统，都认为警察恶迹昭彰，那为何以随机抽样方法从洛杉矶地区居民中挑选出的陪审团会一致裁决被告无罪呢？难道由 10 位白人、1 位亚裔和 1 位拉美裔组成的陪审团那天全都吃错了药吗？难道陪审团在法庭上看到的录像画面与其它人在电视新闻中看的不一样吗？

说出来可能都没人敢信，陪审团在法庭审判时看到的录像的确与绝大多数美国人在晚间电视新闻中

看到的录像画面不一样。在法庭上播放给陪审团看的证据录像中有罗德尼。金在拒捕过程中攻击警察的镜头，而三大电视新闻网播放的电视录像却把不利于金的镜头和画面全给掐掉了。换言之，新闻媒体用偏离事实真相的“司法新闻”误导民众，在法院做出判决之前，媒体已用被删剪的电视画面预先提供警察有罪的证据，致使绝大多数民众在法庭审判前就已认定涉案警察恶贯满盈，罪责难逃。因此，无罪判决一出，空前大祸从天而降。

二、借酒耍疯的超级壮汉在美国，刑事审判是公开进行的，任何人均可以旁听包括联邦最高法院在内的各级法院的每一次开庭，重大案件的全部原始档案在结案后全部对公众开放。根据已公开的金案原始档案和当事人的回忆，此案的背景和案发过程其实并不复杂。

罗德尼。金 1965 年生于洛杉矶市，从小酷爱体

育，棒球打得已接近职业选手水准，但学习一塌糊涂，中学没念完就退学当了建筑工人。罗德尼。金其人有两个与众不同的特点，一是身板儿强壮得像公牛，二是酷嗜烈性杜松子酒，他一旦喝多了，那野牛脾气比原公牛队悍将、NBA 篮板王罗德曼（Dennis Rodman）还要邪乎。

金的身板儿到底有多强壮呢？这恐怕要跟两位著名的黑人篮球明星比较一下才能让人有点儿感性认识。球技出神入化、人称“空中飞人”的原公牛队后卫迈克尔。乔丹（Michael Jordan）身高 1.99 米，体重 195 磅；体壮如牛、绰号“邮差”的爵士队强力前锋卡尔。马龙（Karl Malone）身高 2.08 米，体重 260 磅。相形之下，罗德尼。金身高 1.88 米，体重 250 磅，浑身上下一点肥膘儿都没有，全是结结实实的疙瘩肉。经过与两位大牌球星的这番对比，如果有位证人在出庭作证时把罗德尼。金描述为一个超级强壮的大汉，恐怕没人会否认吧？

金的野牛脾气到底有多邪乎呢？这也要举个例子才能让人有点儿感性认识。1989 年 11 月某一天，他拿着一张价值一美元的食品救济券来到一家美籍韩裔老板开的杂货店买一包口香糖。那位韩裔老板一看是食品救济券，死活就是不卖，两个人为这点小事儿越吵火气越大，最后金勃然大怒，干脆就把这家杂货店给抢了，结果因抢劫罪被判入狱两年。

入狱后，金表现特别好，是监狱里的模范犯人。1990 年 12 月，狱方同意他假释出狱，监外服刑，条件之一是不能沾酒。金出狱后找了一份建筑工的活儿，重新干起了卖力气的老本行。起初他还能控制自己，但时间一长，架不住酒肉朋友热情相劝，禁酒的假释条件逐渐忘到脑后，他重开酒戒，经常开怀畅饮，一醉方休。

1991 年 3 月 2 日晚上，金与他的两位黑人哥们儿在一起看了一场棒球比赛的电视转播，他一边看球一边痛饮，总共喝了三大瓶烈性杜松子酒。深夜，酩

酊大醉、一身酒气的金东倒西歪，硬撑着驾车送哥们儿回家，在加州 210 号公路上超速飞驶。已经喝迷糊了的金一点也没觉察到，前方恰好有一辆加州公路巡逻处的警车。警车中的女巡警辛格（Melanie Singer）立刻拉响警笛，驱车紧追。一场震惊世界的都市大暴乱的序幕就这样拉开了。

当时，警灯闪烁，警笛嘶鸣，女巡警勒令金立刻停车。金的哥们儿在车内连声高叫：后面是警察，快停车！可是，罗德尼。金却跟没听见一样，借酒耍疯，玩命飞车，企图逃脱追捕。看来他半醉半醒，知道自己是一个有案底在身的假释犯，酒后驾车被警方抓获后肯定不会有好果子吃。可是，一个头脑完全清醒的人应当明白，在高速公路上逃脱警方追捕的可能性微乎其微。而且，依照加州法律，假释罪犯酒后驾车并试图逃脱警察追捕，将被重罚。金本人后来对记者解释了当时拒不停车的原因，称自己在狱外大碗喝酒、大块吃肉的日子太幸福了，再也不想重蹲大狱。

至于超速驾驶一事，金狡辩说他当时并没注意看车速表，凭感觉，车速大约在时速 80 英里左右。但辛格警官出庭作证时说，金当时的时速大约为 115 英里（185 公里）左右。这个车速是非常惊人的，要知道，美国陆军装备的眼镜蛇式武装攻击直升机，在满载兵器和弹药时的最高速度为时速 141 英里，而加州高速公路的限制时速为 65 英里。

在法庭审判时，金本人没有就超速驾驶、拒不停车等问题出庭宣誓作证，这是其律师给支的高招儿。律师担心，在酒后超速驾车和拒不停车两件事上金并不占理，出庭作证肯定对他不利。至于后来挨打的经过，自有录像和医生报告为证，警方无法抵赖。如果金本人出庭为挨打一事作证，虽然有可能得到陪审团的同情，但被告律师肯定会借机盘问金，把他的犯罪前科和假释罪犯身份全部抖落出来，捎带着把金证词的可信度贬得一钱不值。反之，如果原告不出庭作证，按照加州法律，被告律师不得随意向陪审团透露原告

的犯罪前科。

三、执法过当的白人警官在辛格警官穷追不舍之下，金慌不择路，驱车拐进了市区的一条小路，谁料想，前方一辆大卡车已把路堵得严严实实。他试图弃车而逃，但警方早已布下了天罗地网，天上直升飞机盘旋轰鸣，地面 20 多辆警车围追堵截，金已是插翅难逃了。

辛格警官跳下警车，持枪在手，喝令无路可逃的逃犯立刻俯首就擒。那两位黑人哥们儿吓得魂不附体，连滚带爬，趴在地上只敢喘气，不敢吱声，按规矩将双手放在背后，老老实实地等着警官给戴手铐。但金却不想束手就擒，借着上来的酒劲儿，他迷迷糊糊地感到这回恐怕是闯下大祸了，这么多警察围上来，天上还有直升飞机盘旋，再怎么折腾也难逃法网了，干脆破罐破摔，借酒耍疯，把警官气晕一个算一个。面对辛格警官的厉声警告，金毫无反应，时而原地摇摆

跳舞，时而向空中的直升机招手致意，并扭动臀部模仿性交动作，嘻皮笑脸地挑逗渐渐逼近的辛格警官。辛格警官气得七窍生烟，继续举枪向前，试图制服桀骜不驯的金。

就在这时，站在辛格警官身后不远的孔恩（Stacey C.Koon）警长突然大吼一声："停住！"原来，孔恩警长是洛杉矶市警察局刑警队的人，他从辛格的臂章符号上辨认出女警官只是交通巡警，缺乏刑事警察训练，恐怕无法制服五大三粗、无法无天的拒捕醉汉。此外，在嫌犯手中无刀无枪的情况下，警方是不能轻易动枪的。

听到吼声后，辛格警官回头一瞅，见是孔恩警长和他身旁的鲍威尔（Laurence Powell）等 4 位白人刑警，便知难而退，收起枪支退下阵来。

孔恩警长一挥手，4 位警官将金团团围住，步步紧逼。在口头警告无效之后，4 人蜂拥而上试图将这个醉汉一举擒获。但金面无惧色，静候与 4 位警官的

贴身格斗。经过一番徒手较量，4 位警官竖着走过来，横着飞了回去，其中数肚皮已发福的鲍威尔警官跌得最狼狈。

孔恩警长见状大惊，在警告无效后他启动了高压电警棍，想一举将金打翻在地。照常理，这五万伏电压的高压电警棍打下去，即使是 NBA 头号壮汉、身高 2.20 米体重 320 磅的湖人队中锋侠客奥尼尔（Shaquille O‘neal）恐怕也会立刻被打趴下。可是，大大出乎孔恩警长的意料，金被打倒后竟然转瞬之间就站了起来。孔恩警长惊呆了，慌忙中再次启动高压电警棍，但金却像刀枪不入的外星人一样，不仅倒地后眨眼功夫就重新站起，而且向鲍威尔警官猛扑过来。

鲍威尔警官见高压电警棍竟然都无法制服金，不由得又惊又怕，恼羞成怒，他顺手掏出金属警棍没头没脸地向金的头部和身体凶狠地打来，另外两位警官随后也参加了这场野蛮的殴打，并用警靴猛踢金。在

旁边指挥的孔恩警长一个劲儿地高喊“不要打脑袋”、“打身体的关节”！根据警方的内部规定，不到万不得已之时，应尽量避免重击嫌犯的头部，以求减少不必要的伤害和可能由此导致的巨额赔偿。可是，参与殴打的几位警官仍然劈头盖脸地瞎打乱踢。

在整个殴打过程中，警官们乱棍齐下，连打带踢，重击已倒在地上的醉汉金，远远超出了适度动武的范围。虽然警官喝令金趴在地上不动，按规矩将双手放在背后，但此时金不仅酩酊大醉，而且也被揍得晕头转向，他拒不服从命令，一直不停地滚动。这样，一直到警察打下第 56 记警棍之后，金总算清醒过来，告饶说：“求求了，别打了！”并趴在地上不再动弹。警官这才停止殴打，上前给金戴上手铐，并立刻叫救护车把他送到医院急救室抢救。

金酗酒驾车，违规超速，耍蛮拒捕，警方若适度使用武力将他打翻擒获，本在情理之中。可是，4 个白人警察执法过当，凶神恶煞地集体痛殴一个黑人醉

汉。据事后统计，警棍以平均每三秒钟两下的频率劈头盖脸地乱舞横飞，这种棒打脚踢、定要打得当事人皮开肉绽、筋伤骨断、鲜血迸裂、奄奄一息才遂心称快的做法可谓过恨过毒。在常人眼中，当年白人三 K 党徒私刑黑人也不过如此。

警官们做梦都想不到，殴打的过程竟然被人用摄像机偷拍了。原来，距殴打现场约 30 米处有一栋公寓楼，一位名叫霍利得（George　Holliday）的公司经理住在二楼。3 月 3 日凌晨，此公被直升飞机的轰鸣和刺耳的警笛吵醒，从窗户中，他看到一帮警察围住了一个黑人，出于好奇，他拿起几天前才购买的一架索尼牌摄像机来到阳台，偷摄了一段时间总共为 81 秒钟的实况录像。这段录像既没拍摄到金扭动臀部挑逗辛格警官的画面，也没拍摄到 4 位警官与金徒手格斗时横着飞了出去的丢人场景，更没拍摄到孔恩警长先后两次启动高压电警棍试图制服金的镜头。不早不晚，这段实况录像恰好从金向鲍威尔警官猛扑过

来开始，到警官给不再动弹的金戴上手铐后结束。短短 81 秒钟录像，使霍利得一夜之间成为全美国最出名的业余摄像师。

四、有罪推定的新闻媒体打人事件次日，霍利得给附近的警察分局打了个电话，说自己偶然拍摄到一段警察打人的录像，问警方是否有兴趣看看。谁知道，接电话的警官鬼迷心窍，竟然表示毫无兴趣。主动靠过去的热脸蛋却碰上了冷屁股，霍利得一气之下便给 CNN 洛杉矶办事处打了个电话，但却没人接电话。为保证录像画面的新闻时效性，霍利得一急之下决定主动送货上门，驱车把录像带送到了洛杉矶市的地方电视台 KTLA.这可真是天上掉馅儿饼啊！正为收视率下跌发愁的 KTLA 电视台如获至宝，大喜过望，当机立断高价卖下录像。经总裁拍板，编辑们把长度为 81 秒的原始录像删剪编辑为长度 68 秒的电视画面，即刻大张旗鼓地在黄金时段反复播放，同时将这一删

剪过的录像提供给 ABC、NBC、CBS 三大电视网和 CNN，在两周内反复播放达数百次之多，使金被殴事件成为震撼全球的头号新闻。

值得注意的是，CNN 总部在录像播出三个星期之后才知道 KTLA 提供的录像带删除了至关重要的部份，副总裁特纳（Ed Turner）遂下令，CNN 今后重播这条新闻时应把被删剪的部份补上。说来也巧，笔者当年正在美国大学读洋书遭洋罪，平时极少看电视，但有一天在学校的学生活动中心等人时极为偶然地注意到 CNN 播出的打人事件新闻中有金拒捕的画面，总共也就是两三秒钟时间。可是，三大电视网和 KTLA 电视台在新闻节目中仍然照播不误删剪过的录像。

在美国，三大电视网的新闻和娱乐节目都是免费的，KTLA 电视台的节目在洛杉矶地区也不收费，但 CNN 的电视节目却只有那些已购买了有线电视节目（Cable TV）的观众才能看到，而低收入阶层一般

很少有人花额外的钱购买有线电视节目。而且，普通美国民众生活节奏紧张，即使花钱购买有线电视节目，其主要目的也是收看球赛实况、专门频道的电视节目和电影名片，每天认真收看 CNN 新闻的观众并不多，更很少有人会注意警察打人录像的微小差别。因此，真正知道原始录像被删剪一事的美国人可以说微乎其微。

甚至就连老布什总统也被蒙在鼓中。与朝政疏理、“朝九暮三”（早晨 9 点上班，下午 3 点下班）的里根总统不一样，老布什总统宵衣旰食、事必躬亲，加上曾出任美国驻北京联络处主任和中央情报局局长的经历，新闻媒体便讥讽他是“国务院中国科科长兼中央情报局首席情报分析员”。老布什整天瞎忙，自然不会有闲功夫关注金案详情，更不会留意 CNN 新闻节目中电视画面的微小变化，所以才会在得知无罪判决消息时大发雷霆。

这样，一个因假释罪犯超速飞车、借酒拒捕引发

的警察执法过当的事件，由于新闻媒体的片面报导，一不留神竟然演变为白人警察无故殴打手无寸铁、善良无辜的黑人这种全球震惊的践踏人权事件。4 位白人警官随即被捕在押。在检察官帮助下，罗德尼。金趁势以刑事罪起诉洛杉矶市警察局，并在随后的民事赔偿诉讼中要求总金额为 5600 万美元的人身伤害赔偿，平均每挨一记警棍价值百万美元。

应当特别提到的是，在法院对这个刑事大案做出独立判决之前，新闻媒体实际上已经用被删剪的电视画面对警察预先做出了有罪推定和有罪判决，致使绝大多数民众在审判前就已认定涉案警察罪大恶极、罪责难逃，为审判后出现的暴乱事件埋下了定时炸弹，最终酿成了一场美国历史上损失最惨重的城市暴乱。

人们自然会产生一个疑问：美国新闻媒体历来标榜追求事实真相，其中司法新闻更是强调以事实为生命，即然如此，KTLA 电视台为何要用偏离事实真相的“司法新闻”误导民众呢？

这个问题相当复杂，一言半语恐怕很难说清。由于种种主客观因素的局限，新闻报道实际上不可能包括事实真相的全部细节，它只能接近事实，或者只能是一种有选择性的事实。在新闻报导过程中，每一家媒体都会有自己“选择事实”的标准。从新闻理论角度而言，美国新闻媒体比较注重新闻的所谓“客观性”，强调大众传播媒介对新闻的报道应是一种不加分析和解释的具体事实报导，力求使事实真相与新闻媒体自身的倾向性有所区别。

但是，在美国这种高度商业化的社会里，大众传播媒介选择新闻的标准通常具有严重的市场化趋向。为了提高收视率和在激烈的竞争中击败对手，新闻媒体特别重视新闻的刺激性和戏剧性，对一些有“市场价值”的新闻详细报道，大加渲染。有的时候，新闻是什么并不重要，新闻会带来什么样的严重后果也并不重要，只有以耸人听闻的独家消息赢得读者或观众才是头等大事。以金案为例，警察打一个拒捕的假释

罪犯不是什么了不起的新闻，而白人警察无缘无故地野蛮殴打一个无辜的黑人才会成为头号新闻。

问题的复杂性在于，商业性并非美国媒体“选择新闻”的惟一标准。一些自由派传播媒介人士认为，所谓客观中立、不偏不私的新闻报道根本不存在，新闻媒体应当替天行道、为民请命，主动介入社会冲突，旗帜鲜明地表明自己的态度和倾向性，尤其应当为社会中那些极少有发言机会的弱势群体大声呐喊。对于那些恃强凌弱的政府官员和执法人员的昭彰恶迹，新闻媒体应予以毫不留情的揭露和抨击。

在一个民主社会中，法治的目的是为了防止统治者和执法者无法无天、为非作歹，而绝非是以严刑峻法从重从快地惩罚触犯刑律的小民百姓。政府执法官员历来是新闻媒体的重点监督对象之一。多年以来，洛杉矶市警方因部份警官涉嫌贪赃枉法、滥用权力、歧视黑人、与黑社会沆瀣一气而臭名昭著，这回警察野蛮殴打黑人的过程被偶然摄入镜头，昭彰在目，铁

证如山，天理难容，新闻媒体在报导这一重大司法新闻时自然觉得有义不容辞的责任，自然要站在处于弱势地位的小民百姓一方。

那么，KTLA 电视台擅自删剪原始录像、片面报导金被殴案，会不会因此而引发法律麻烦呢？一般来说是不会的。在美国社会中，新闻媒体被称为独立于总统、国会和最高法院之外的“第四权”，是美国各行各业中受宪法第 1 修正案保护的特别行业，所以，KTLA 电视台天经地义、理所当然地拥有对任何原始录像进行删剪和编辑的权力。

经删剪的录像虽然未能全面客观地报导殴打事件，对警方构成了一定程度的诬陷和诽谤，可是，根据联邦最高法院 1964 年《纽约时报》公司诉沙利文案（New York Times Co.v.Sullivan）的判例，政府公职官员打赢这类诽谤官司的前提，是证明媒体的报导出于“真正的恶意”，致使公职官员打赢这种官司的可能性微乎其微。再加上宣传工具全都掌握在

私营新闻媒体手中，所以政府行政部门和警方对媒体的片面报导基本上束手无策。2000 年夏天，南京大学-霍普金斯大学中美文化中心任东来教授应邀考察洛杉矶市警察局（LAPD）总部时，曾特意就金案录像被删剪问题与警察局副局长加斯肯（David J.Gascon）交流看法，加斯肯坦率地回答说，对于电视台的做法，警察局除了气愤和抱怨之外别无它法。

五、前倨后恭的法院审判由于新闻媒体口诛笔伐，大造声势，使金案未审之前就已闹得满城风雨。

在美国社会中，新闻媒体对司法活动的大量报导，对于司法过程和司法权是一种强大的监督力量。应该说，大众传播媒介对司法案件的深入报导和舆论监督，对于增加司法透明度、监督法官判案、提高法院审判质量、促进司法公正、揭露司法腐败、培养公民法律观念和程序意识，都起到了难以估量的重要作用。

然而，一个不容忽视的问题是，尽管主流媒体都

标榜自己客观公正，但事实上仍然会受到不同的利益背景和价值取向的影响。当法院处于媒体所激起的公众舆论喧嚣包围时，强大的舆论有可能对公正审判造成外来的巨大压力，使法院审判丧失公正性和独立性。正是由于存在这种危险，即使在崇尚新闻自由的美国，为了维护司法独立和正当程序原则，法院和法官历来都对新闻媒体抱有极大的警惕和戒备心理。著名的的霍姆斯大法官（Oliver Wendell Holmes，Jr.，1902—1932 任职）就以不读报纸而著称。

为了防止新闻媒体干涉法院独立审判，美国法律规定，媒体对法庭活动只能进行文字描述，一般禁止录音录像和实况转播法庭审案过程。所以，全美三大电视网和 CNN 对法庭活动进行报导时，所配画面只能是法庭速写师提供的速写画。轰动一时的辛普森案的审理过程经电视直播，在美国司法史上是非常罕见的例外。此外，为了防止媒体影响陪审团的独立判断，最高法院大法官克拉克（Tom C.Clark，1949—

1967 任职）1966 年在谢泼德诉马克斯威尔案（Sheppard v.Maxwell，1966）中指出："鉴于现代传播媒介的煽动能力和将有倾向性的新闻报导隔绝开来的困难，初审法院应采取有利措施，以保证法律之天平不会不利于被告。" 克拉克法官裁定："将陪审团与外界隔绝开来，也是本法官应根据辩护律师的建议而采取的措施。如果审判活动被公开报导而可能有失公正，应令重新审判。"

依照联邦最高法院的判例，联邦和州各级法院有责任确保新闻媒体不干预公正审判，法官、律师和刑事案中的公诉人有责任挑选对案情"一无所知"的候选人出任陪审员，并使陪审团与媒体的新闻报导暂时隔绝开来。在审判期间，法官有责任告诫陪审员不得接触任何媒体传播的新闻和消息，只能将法庭所展示的证据作为判决的惟一根据。

此外，法官还可以依法限制涉案人士与媒体接触，推迟案件审判时间，变更审判地点，改变管辖法院。

在金案中，加州地方法院法官下令将审案地点由洛杉矶县迁到温杜纳县（Wentura County），对审判结果造成了一定影响。温杜纳县是洛杉矶地区警务人员的聚居区，民性保守，对警方权威推崇敬仰，白人占人口总数 60%，黑人仅占 2%。在这一地区挑选出的陪审团显然对被告比较有利。

在加州地方法院审判时，涉案警察聘请了一位经验丰富的刑事辩护律师，此公以如簧之舌告诉陪审团，警察群殴嫌犯完全是由于自身的紧张和恐惧。他声称，在多数情况下，因超速、闯红灯等小事违规但却在警察尾追时拼命逃窜的嫌犯，绝大多数是重罪在身的亡命之徒或毒品贩子。这一猜测使警方从一开始就已处于高度紧张状态。另外，金异常强壮，在拒捕时不仅一人轻松打翻四名警察，而且抗住了五万伏高压电警棍的两次击打。当遇到这类难以制服的拒捕嫌犯时，警察动用警棍是合法的，法律不应追究警察的责任。被告律师指出，根据未经删剪的原始录像，当失去控

制的金向鲍威尔警官猛扑过来，威胁到警官的安全时，他们才被迫挥动警棍。

然而，关键性的问题在于，当金被最初的一阵乱棍打倒在地、完全失去反抗能力之后，为啥警察还要继续施暴呢？这最后阶段的攻击是否有必要呢？被告律师根据录像慢镜头辩护说，金被打翻在地后一直不停地滚动，并多次试图站起来，对警官的反复喝令置之不理，结果造成警察执法过当。对警察来说，如果不将拒捕案犯彻底制服并铐住，那等于是失职。此外，如果细看录像慢镜头就可以发现，在雨点般打向金的 56 记警棍中，有 23 记打空了，根本不能算数。

被告律师还特别强调，如果金不拒捕，那么殴打事件根本就不会发生。对白人警察的一个极为有利的证据是，在案发之夜高速逃窜的汽车中还有金的两个黑人哥们儿，他们老老实实地遵循警察命令，结果毫发无损。由此证明，金的指控——白人警察出于种族偏见故意殴打无辜黑人——根本站不住脚。

可是，被告律师的这番滔滔雄辩新闻媒体并未详细报导。原因之一是，在重大案件审判期间，法官可以下令控辩双方不得向新闻界透露案情，使审判过程不受社会舆论的监督和影响。然而，法官这种坚持司法独立的倨傲立场，却使庭外民众无法及时得知案情中那些有利于白人警察的证据，其后果是毁灭性的。

1992 年 4 月，加州地方法院陪审团做出裁决，宣布四位警官无罪（对鲍威尔警官一项罪状的指控未定）。

仅仅两小时后，熊熊大火在洛杉矶四处燃起，黑烟弥漫，枪声四起，很多人趁火打劫，涌进商店哄抢。法律和秩序彻底瘫痪，四分之一的城区陷入火海，损失程度远远超过了 60 年代的黑人城市暴乱。更为严重的是，暴乱出现蔓延趋势，全国各大城市都出现动乱迹象。老布什总统不得不调动数万联邦军队和加州国民警卫队进入洛杉矶市平暴。

暴乱发生后，责怪和谩骂纷纷指向陪审团，陪审

员被骂为纳粹种族分子。面对指责，一位隐姓埋名的陪审员辩解道："金显然是一个危险的嫌犯"，"同车的两位黑人遵纪守法，但金自始至终都在拒捕，所以警方别无选择"，"一直是金在主导整个殴打事件的过程"，"警察并不是天使"。另一位不愿透露姓名的陪审员接受媒体匿名采访时说："如果仔细看录像的慢镜头，很多时候警棍并没有打到金身上"，"金受到的伤害不是那么严重"，"警察的所作所为属于依法行事"。

在一片混乱和愤怒之中，哪里还有人会注意听陪审员的解释。而且，1992 年是大选年，洛杉矶暴乱使老布什总统心急如焚。暴乱平息之后，白宫新闻发言人立即宣称，暴乱的许多根源是 60 年代开始的那些失败的计划，含沙射影地把矛头指向了民主党总统约翰逊（Lyndon B.Johnson）当年的"伟大社会"计划。老布什总统本人则在电视上向选民信誓旦旦地保证，联邦政府将尽最大努力，以触犯联邦民权法的

刑事罪名重新起诉 4 位白人警察。人所共知，美国是一个三权分立的国家，可是，老布什总统作为联邦政府行政部门首脑，在当时联邦大陪审团尚未就金案举行听证和做出起诉裁决时，竟然越俎代庖，宣布联邦政府将重新起诉白人警察，他大概是急昏了头。

值得注意的是，老布什总统宣布重新起诉警察一事涉及到美国宪法中禁止“双重惩罚”（Double Jeopardy）的宪政难题。为了防止官府凭借手中特权没完没了地任意迫害小民百姓，美国宪法第 5 修正案规定，任何人不得因同一犯罪行为而两次遭受生命和身体的危害。宪法第 7 修正案规定，除非依照习惯法规则，联邦法院不得重新审查经陪审团裁决的事实。具体地说，在刑事案件中，经陪审团做出的无罪开释裁决是不可改变的。比如，加州地方法院陪审团在辛普森案中做出无罪裁决，即成为该案的终审裁决，控方不能上诉，以后即使发现了新的证据，州地方法院和联邦法院都无法立案重审辛普森。但是，控方可以

在民事法庭以民事罪名重新起诉，要求经济或伤害赔偿。

　　那么，为什么老布什总统敢放出大话，声称联邦政府将重新起诉已被加州地方法院陪审团无罪开释的 4 位警察呢？原来，这里也有例外的情况。根据最高法院 1922 年对美国诉兰扎案（United States v.Lanza，1922）的裁决，在某些极特殊情况下，双重惩罚并不违宪。例如，在 20 世纪 60 年代，由于南方佐治亚州由白人组成的陪审团出于种族偏见，使杀害黑人的白人三 K 党徒在罪证确凿的情况下仍然被陪审团无罪开释。在民权团体的压力，联邦政府终于忍无可忍，被迫强行介入，在联邦法院以侵犯民权的特殊刑事罪名重审此案，终于使涉案的三 K 党徒受到惩罚。这样，尽管金案中的白人警察不是三 K 党徒，他们涉嫌触犯的刑律只是执法过当，但联邦法院在政治压力之下仍然可以根据几乎毫无相似之处的先例起诉 4 位警察。警察的薪水不高，没钱聘请著名宪法

律师上诉喊冤，此外，洛杉矶市警察局和市政府都拒绝为涉案警察付律师费，一向热衷于帮助弱者打官司、将侵犯公民宪法权利的案件上诉到联邦最高法院的美国公众自由联盟这回一声不吭，假装啥也没看见，4 位警察只能自认倒霉。

这样，金被殴一案实际上已沦为一个政治案。联邦政府忧心忡忡，担心再有一次无罪判决，将有可能激起全国规模的黑人暴乱。依照美国司法制度常例，涉及重要案件的陪审团的挑选程序极为严格，候选人会收到厚达数十页的问卷，其中包括一百多条不容躲避的问题，涉及家庭成员职业以及对警察、嫌犯和少数族裔的看法等敏感问题，借以判定陪审员是否持有公正和中立的立场。可是，在重审案中，联邦地区法院的主审法官一反常规，禁止被告律师向陪审团候选人提出“你是否有勇气坚持与绝大多数人意见相左的立场”的问题。可以说，联邦地区法院从一开始就定下了死活也要把“民愤极大”的白人警察定罪的基调。

经过长达一年时间的审理，1993 年 4 月，联邦地区法院小陪审团做出裁决，4 名警察中的鲍威尔警官和孔恩警长被裁定有罪，另外两名警察则被无罪开释。判决之后，全国各地风平浪静，联邦政府总算如释重负。

根据联邦法规和惯例，触犯联邦民权法的刑事罪犯至少应被判处 6 年有期徒刑。可是，联邦地区法院法官在依法量刑时却动了一点儿恻隐之心，只给两位警官判了两年半有期徒刑。全美各地民权团体闻讯大怒，坚决要求联邦司法部向分管加州地区的联邦第 9 巡回上诉法院上诉。

1994 年 4 月，金在州法院的民事赔偿案（Rodney King v.City of Los Angeles）中胜诉，获得了总额高达 380 万美元的伤害赔偿，摇身一变成为百万富翁。

1995 年 1 月，联邦第 9 上诉法院在压力下作出判决，判定联邦地区法院对有罪警察判刑过轻，下令

重新量刑，加重刑罚。重刑威胁之下，因律师费已负债累累的孔恩和鲍威尔警官痛下决心，宁可砸锅卖铁、倾家荡产，也一定要聘请大牌律师，向联邦最高法院喊怨叫屈，请求大法官主持公道。

1996 年 6 月，联邦最高法院以 9 比 0 票对孔恩诉美国案（Koon v.United States，1996）作出裁决，以警察违法打人与金拒捕有关系为理由推翻了联邦上诉法院关于对警察加重刑罚的裁定。轰动一时的罗德尼。金案终于降下了帷幕。

坦率地说，罗德尼。金被殴案触发洛杉矶大暴乱的缘由极为复杂：美国经济全球化导致大都市地区黑人劳工阶层大量“下岗”失业，失去了基本生活保障；里根执政时期大幅度削减福利计划，致使贫富悬殊恶性发展；黑人贫困社区长期遭受忽视，犯罪率居高不下；司法制度弊端丛生，警察执法犯法、滥用权力现象极为普遍。然而，一个不容忽视的重要原因是，新闻媒体呼风唤雨，大造声势，用删剪过的录像和偏离

事实真相的“司法新闻”误导民众，在某种意义上一手导演了这场前所未有的都市大暴乱。而金本人又集前科罪犯、拒捕嫌犯和暴力受害者于一身，充分反映出美国社会中种族矛盾和民主制度的复杂性和多面性。

美国最高法院大法官布莱克（Hugo L.Black，1937—1971 任职）有句名言：“言论自由与公正审判是我们文明中两种最为珍贵的东西，实在难以在二者之间取舍。”罗德尼。金被殴案反映出的诸多问题，正是这种两难困境的真实写照。

第二十六章

程序公正与“世纪审判”

——橄榄球明星辛普森涉嫌杀人案（1995）

橄榄球超级明星 O.J.辛普森（Orenthal James Simpson）涉嫌杀人案震惊全美，堪称 20 世纪美国社会中最具争议的世纪大案之一。不少人认为，辛普森腰缠万贯，不惜花费重金聘请了号称天下无敌的“梦幻律师队”（Dream Team）为自己开脱罪名。这帮律师唯利是图，凭着三寸不烂之舌，利用美国社会中的种族矛盾以及刑事诉讼程序中的漏洞，把“血证如山”的检察官和警方证人驳得目瞪口呆，最后说服了陪审团全体成员把杀人凶手无罪开释。这场为全球媒体瞩目一时的“世纪审判”(Trial of the Century)无疑是对美国司法制度的极大讽刺和嘲弄。

然而，事过多年之后，根据已公布的辛普森案档案和涉案当事人的回忆，人们惊奇地发现，洛杉矶市警方在调查案情过程中未能严格遵循正当程序，出现了一系列严重失误，致使辛普森的律师团能够以比较充足的证据向陪审团证明辛普森未必就是杀人元凶，很有可能有人伪造罪证，用栽赃手法嫁祸辛普森。

一、有钱未必能使鬼推磨谈起辛普森一案，无论黑人白人都承认，假如辛普森是个雇不起一流律师的穷光蛋，那他非进大狱不可。这就叫“有钱能使鬼推磨”，古今中外都是一个理儿。

可是，如果细琢磨一下，这个理儿好像又有点儿说不通。原因在于，若是论有钱，大名鼎鼎的拳王泰森（Mike Tyson）比淡出体坛多年的辛普森有钱得多，可是 1997 年泰森因涉嫌强奸遭到起诉后，尽管他同样花费天文价格聘请了一帮名律师出庭辩护，但仍然无法摆脱被定罪的命运，在大狱里结结实实地蹲

了好几年。

那么，何以泰森落入正义之网，而辛普森却能逍遥法外呢？有一种解释是，泰森案陪审团以白人为主，而辛普森案陪审团成员多为黑人。黑人特别抱团，自然会偏向黑人球星。

但是，这个说法同样不能完全令人信服。因为辛普森案的 12 名陪审员中虽然有 9 名是黑人，但其中却有 8 位是女性。一些研究陪审团的专家认为，这一构成对辛普森特别不利。根据美国学者对“黑人女性最讨厌啥样儿的黑人男性”这一社会学课题的统计和调查，最让黑人女性来气的黑人爷们儿有两种：一种是出名发财后立马就娶一个白妞儿当老婆的烧包，一种是动不动就对媳妇拳打脚踢的粗汉。而辛普森恰好把这两种坏样儿全占了。

辛普森于 1947 年生于旧金山市的黑人贫困家庭。他曾获得全美大学橄榄球联赛的最高荣誉奖——海斯曼奖。进入职业联赛后，他先后在纽约水牛城鹰嘴

队(Buffalo Bills)和旧金山淘金者队(San Francisco 49ers ）担任主力，创造过一个赛季带球冲刺 2003 码的惊人记录（至今未被打破），被誉为橄榄球职业比赛史上的最佳跑锋。退出体坛后，辛普森又投身影视和广告业，在电影《裸枪》（Naked Gun ）和《杀手势力》（Killer Force ）中扮演主角，在美国广播公司(ABC)和国家广播公司(NBC)担任体育评论员，在美国最大的出租车公司赫兹（Hezz ）担任形象大使。另外，由于英文橙汁（Orange Juice ）一词的缩写恰好与辛普森名字的缩写“O.J.”一样，所以佛罗里达一家饮料公司特意邀请他拍摄橙汁的促销广告，使“O.J.”这个英文缩写成为美国体育英雄和超级广告明星的代名词。

辛普森成名之后一向有“花花公子”和“外黑内白”的名声。与空中飞人乔丹（Michael Jordan ）和魔术师约翰逊（Magic Johnson ）等著名黑人球星不同，辛普森对赞助黑人贫民区的活动和投资项目

毫无兴趣，却热衷于跻身富有白人的高尔夫球俱乐部。除了幼年好友柯林斯外，他的哥们儿无一例外都是白人。同时，他也只对白人性感女郎感“性趣”。为了“脱黑”，他甚至不惜重金聘请语音校正专家，反复练习，改掉了一口浓重的黑人贫民区口音。1977 年，辛普森在一家高级餐厅与漂亮迷人、金发碧眼的白人女侍者妮可。布朗（Nicole Brown）一见钟情，不久便与第一任黑人妻子离异。1985 年辛普森与妮可结婚后，因妮可怀疑他在外面有“二奶”，两人关系开始出现裂痕。妮可曾多次打电话报警，指控辛普森对她拳打脚踢。

辛普森案后，几位黑人女性陪审员一再表示，她们并未因被告是黑人而影响裁决，或对被告产生何个人好感。 在扬名天下、腰缠万贯之后，辛普森休掉黑人糟康之妻另娶白人金发女郎一事极大地伤害了全美黑人女性的自尊心，而辛普森打骂白人妻子的粗暴行为更使普天下不分肤色的所有女性不寒而栗。另

外，在美国的刑事案审判中，12 名陪审员中只要有 1 人持有异议，就会出现“死锁”（Dead Lock）现象，即所谓“悬而未决的陪审团”（Hung Jury）——在此情况下，法院要重定开庭日期，控辩双方要重选陪审员听证和审案。所以，辛普森案陪审团做出被告无罪的一致判决，与黑人构成陪审团主体并无绝对和必然的关系。

那么，陪审团究竟凭啥得出了被告无罪的一致结论呢？依照美国法律，作出判决的唯一依据只能是证据。美国是一个司法公开的国家，不仅刑事审判对公众开放，而且重大刑事案件的原始档案，如法庭记录、起诉书、证人供词、审问笔录、旁证材料、法医鉴定书、检方和辩方律师的开庭陈词和总结陈词等，在结案后都要全部对公众开放。根据已公布的辛普森案档案，陪审团之所以判定辛普森无罪，与警方和检方在办案和起诉过程中出现重大失误，使呈庭证据无法令人信服有直接关系。

二、警方办案三大失误尽管辛普森案是所谓世纪大案，但是从这个凶杀案的刑事调查过程来看，洛杉矶市警方在侦破案件、搜集罪证、遵循正当程序等方面漏洞百出，涉案警官和刑事检验人员的专业素养实在令人不敢恭维。（由于缺乏经费和待遇不高，美国各州警察和刑事检验人员的素质普遍平平。相对而言，联邦调查局（FBI）在刑事侦查、证据检验和遵循正当程序方面口碑较好。FBI 挑选和录用特工的标准极高，每年大约有 10 万美国人申请加入 FBI，但被录用者仅为 100 余人。当年尼克松从杜克大学法学院毕业后曾申请 FBI 的职位，却被拒之门外。有人开玩笑说，当个 FBI 特工比当美国总统还难。）

根据已公开的刑事调查记录和涉案当事人的回忆，警方在办案过程中至少出现了三个重大失误，对这个谋杀案的结局产生了极大影响。

（1）忽视现场勘查常识 1994 年 6 月 12 日深夜

11 点 50 分，在洛杉矶市西区邦迪街（Bundy），一条名贵的纯种日本狼狗狂吠不已，爪子上沾满血迹。这使一对散步的美国夫妇心生疑惑，便尾随这条狼狗来到一座西班牙式高级公寓楼前，结果发现了两具鲜血淋漓的尸体。他们吓得魂不附体，立刻狂敲隔壁住家大门想借电话报警。但是，深更半夜的敲门声却把宅主吓得半死，以为来了劫匪，便立刻打 911 电话报警。洛杉矶市警署两位警官接警后火速赶到现场，发现是一宗恶性人命案，便呼叫重案处的刑警前来增援。

大批刑警赶到现场后，经初步调查，证实被害的白人女子 35 岁，名叫妮可，是黑人橄榄球明星辛普森的前妻；被害的白人男子 25 岁，名叫戈德曼（Ronald Goldman），是附近一家意大利餐馆的侍者。两人皆因利刃割喉致死。妮克的脖子几乎被割断，咽喉和颈椎骨都裸露在外，刀口喷着鲜血；戈德曼身中 30 余刀，死于颈部静脉断裂和胸腹腔大出血。凶

杀现场血腥弥漫，惨不忍睹。辛普森与妮可的两个孩子尚在二楼熟睡，没有目睹这可怕的场面。

死者身份辩明后，西区警察分局局长布歇（Keith Bushey）决定派几位刑警赶赴相距约 4 公里的辛普森住宅，通知他前妻遇害但孩子无恙的消息，并让辛普森着手把两个受惊的孩子带回家。另外，考虑到辛普森是被害人前夫，他的安全也在警方的关注之中。这时，一位名叫福尔曼（Mark Fuhrman）的白人刑警自告奋勇要求带队前往。在 1985 年的一次家庭纠纷中，妮可被辛普森殴打后报警，福尔曼曾上门处理过他们的家庭暴力案件，知道辛普森住宅的准确地址。于是，主持调查凶杀案的瓦纳特（Philip Vannatter）警长便率领福尔曼等四名警探驱车前往辛普森住宅。

布歇局长的这一决定铸成了警方的第一个重大失误，因为前去的四位白人警官都曾进入过血迹遍地的第一杀人现场勘察，他们的警靴和警服上很有可能已不小心沾染了血迹。照常理，布歇局长应当派几位

压根儿就没进入过第一现场的警官去通知辛普森，防止第一现场的血迹与后来被警方宣布为第二现场的辛普森住宅的血迹发生交叉沾染，这是刑事案现场勘查的基本常识。可是，警方在辛普森案中却完全忽视了这种常识。

在采集证据和保护现场方面警方也出现了很多忽视常识的重大失误。案发之后，大批刑警和刑事检验人员迅速来到现场，但法医却姗姗来迟，在案发 10 小时后才到达现场，错过了准确地鉴定被害人死亡时间的最佳时机。法医在解剖尸体时，不但没对尸体进行 X 光检查和采集妮克的右手指纹，而且对妮可死亡前是否受到性侵犯未作任何医学鉴定，致使破案线索大大减少。为了“保护”现场，警方人员顺手从妮克的公寓中拿了几条白被单，小心翼翼地盖在了尸体之上。可是，由于辛普森与妮克离婚后仍然藕断丝连，案发数周前他曾在妮克公寓过夜，并经常来公寓看望孩子，被单上难免会有他的头发或皮屑，结果致

使检方呈庭的 DNA 证据的可信度大打折扣。（DNA[脱氧核糖核酸]是一种人体细胞中的遗传物质，它所携带的遗传信息极为独特，可以被当作人类的遗传指纹。在刑事案中，检验专家可以从现场发现的血迹、唾液、精液、毛发、皮屑中提取 DNA，然后与从嫌犯身上提取的 DNA 相比较，检验是否吻合。DNA 测试是一种最新的法庭科学，美国于 1987 年开始在法庭审判时应用。）

根据案发现场照片，辩方专家发现妮可尸体裸露的肩膀上有七点血滴，从这些血滴的形状和滴落方向看，它们不可能是妮可本人滴落的。根据常识推理，这些血滴很可能是妮可倒地后有人流着血从她尸体旁走过时滴落的，因此，如果这些血滴不是来自另一名被害人戈德曼，那一定就是凶手滴落的。这样，如果能证明这些血滴属于辛普森，那么他的嫌疑便倍增。可是，当辩方专家向警方检验人员提出查验这些血滴时他们深感惊讶，因为警方完全忽视了这些血滴的重

要性。妮可的尸体在解剖前已进行冲洗，这些血滴永远消失了。（李昌钰口述、邓洪整理：《神探李昌钰破案实录》，台北时报文化出版企业股份有限公司，1998 年版，第 213 页。）

（2）警方涉嫌非法搜查 6 月 13 日清晨 5 点，四位白人刑警来到建有围墙的辛普森住宅。他们在前门按了很久电铃，但一直无人应门。这时，福尔曼独自一人沿围墙搜索了一圈，发现围墙后门的路上停着一辆白色福特野马型越野车。经细心观察后，福尔曼高声叫瓦纳特警长过来察看，说在驾驶员位置的车门把手上发现了微小血迹。温纳特和另两位警官看到血迹后大惊失色，他们担心住宅内的人有生命危险，便决定进入住宅进行紧急搜查。

这一搜查之举对这个世纪大案的结局有很大影响，因为警官们当时没有搜查许可证。依照美国的司法观念，警察是一种合法的暴力和必要的邪恶，对这一机构的权力必须予以严格限制，否则它将沦为专制

暴君和贪官污吏祸国殃民的工具。想当年，为了防止官府和警察为非作歹、滥用权力、任意搜捕和祸害小民百姓，美国宪法第四条修正案明文规定“人民的人身、住宅、文件和财产不受无理搜查和扣押的权利，不得侵犯。除依据可能成立的理由，以宣誓或代誓宣言保证，并详细说明搜查地点和扣押的人或物，不得发出搜查或扣押状”。西谚中“私宅就是一个城堡，风可进，雨可进，国王不能进”的提法就这样具体地落实在美国宪法第四修正案中。

1914 年，美国最高法院在威克斯诉美国案（Weeks v.Unites States ,1914)中首次明确规定：联邦法院在审判时必须排除警方用非法搜查手段取得的证据。这就是美国警方人人皆知的“排除规则”（Exclusionary Rule）。1961 年，最高法院在迈普诉俄亥俄州案（Mapp v.Ohio，1960）中规定：“排除规则”同样适用于各州法院。据此判例，警务人员若要进入民宅搜查，必须首先向法官宣誓担保，不但

要以书面形式列举证据和理由，而且要详细说明搜查的地点、范围和时间，经法官审核批准颁发许可证之后才能进入民宅搜查。另外，警察只能在许可证规定的范围内行动，并应在搜查后向法庭提交所获证据报告。警察如果违法搜查，不但会受到警纪严惩，而且会造成所获证据在法庭审判时一概作废的严重后果。法官如果违规颁发搜查证，将面临被弹劾和遭到刑事起诉的危险。

在美国的司法判例中，涉及搜查和扣押的规定千变万化。几乎在每一起刑事案中，辩方律师的首要工作就是挑战警方搜查和采集证据的程序是否合法。但是，有关搜查的法律法规极为复杂，缺乏清晰明确的规定。比如，警察拦截和搜查平民违法，但是，如果有人超速驾车，则警察有权拦截驾车人并开出罚单。但如果警察趁机要求搜身和搜车，则驾车人有权当场拒绝。可是，如果警察无意中在车后座发现了类似大麻的烟蒂，在没有搜查许可证的情况下警察是否有权

搜车？如果警察搜遍全车后没发现毒品，却意外地发现了非法枪枝，那么警方的搜车行动是否违宪？搜获的非法枪枝是否能作为呈庭证据？对于这些法律问题，只能由法官根据每一个案例的具体情况，在法庭审判时审时度势，相机裁决。

20 世纪 60 年代后，由于犯罪率急剧上升，“排除规则”遭到美国社会各界极大指责。批评者认为，过于严格地实施“排除规则”将会给警方破案造成极大困难。在很多情况下，仅仅由于警方粗心大意或急于求成，未能严格遵循程序，致使很多罪犯在铁证如山的情况下逍遥法外。尼克松总统执政后先后任命了四位保守派人士出任大法官要职，试图推翻或修正“沃伦法院”那些对罪犯“心慈手软”的判例。此后，最高法院对“排除规则”的解释略有改变。1984 年，在美国诉里昂案（United States v.Leon，1984）中最高法院规定：当搜查不完全合乎程序要求时，如果警方的所作所为具有“良好诚信”（Good Faith）和

“合理相信”（ Reasonable Belief），法院在审案时可以引用搜获的证据。

在辛普森案中，涉案四名警官皆为老手，每人都有 20 年以上刑事侦查经验，对于限制警方搜查的案例和法规他们恐怕比初出茅庐的律师还要精通。他们都应明白，美国诉里昂案的裁决虽然对警方有利，但这个判例对所谓“良好诚信”和“合理相信”的解释模棱两可、含糊不清，而体坛巨星辛普森涉嫌杀人一案毫无疑问将是轰动全美的世纪大案，为了防止被辩方律师钻空子，警方应当格外谨慎，严格遵循法律程序。

在辛普森案中，从当时福尔曼发现血迹和长时间无人应门的情况看，四位警官擅闯民宅之举勉强可以算是具有“合理相信”.但是，警官们进入住宅后一旦发现辛普森及其家人没有生命危险就应停止搜查，只有当与法官取得联系申请到搜查许可证后才能对辛普森住宅进行合法搜查。但令人费解的是，在没有

面临迫在眉睫危险和非紧急情况下，福尔曼警官独自一人迫不及待地在辛普森宅内继续搜查，结果铸成了警方在此案中的第二个重大失误。

决定进入住宅后，福尔曼自告奋勇抢先翻越围墙，从里面打开前门，四位警官便直奔豪宅。可是，按了很久的电铃仍然无人应门，于是他们绕行到住宅后边去三间独立客房敲门。在第一间客房，有一位睡眼惺忪的白人出来应门，他自称是辛普森的哥们儿，名叫凯林（Kato Kaelin）。他告诉警察，辛普森和第一任黑人太太生的大女儿住在隔壁第二间客房。当刑警们把辛普森女儿从梦中敲醒后，瓦纳特赶紧向她询问辛普森的去向。她回答说，父亲已于昨夜赶搭飞机到芝加哥参加一场赫兹公司很早就已安排好的高尔夫球商业比赛。警官当即打长途电话给辛普森告知他前妻遇害的噩耗。辛普森闻讯大惊，表示将迅速赶回洛杉矶。

当瓦纳特等人询问辛普森女儿和打电话时，福尔

曼在隔壁单独盘问凯林，打听昨晚有无异常情况。凯林称，大约在晚上 10 时 45 分左右他听到客房背后一声巨响，墙壁上的挂画都被震动得摇晃起来，他当时以为是轻微地震，没放在心上。福尔曼疑心大起，立即单枪匹马到客房后搜查。大约 18 分钟后，福尔曼高声叫来其他刑警，说在屋后悬挂式空调机下的走道上发现了一只沾有血迹的右手黑色皮手套，这只手套与在凶杀案现场发现的另一只手套相配。但是，在血手套现场没发现其它血迹以及可疑的脚印和痕迹。福尔曼解释说，估计在半夜三更、黑灯瞎火之时，凶犯潜逃在屋后，一不留神撞在了空调上，在惊慌失措中遗落了手套。

发现血手套后，刑警们又找到了更多线索。他们发现，在围墙前门车道以及从前门通往住宅大门的小道都有血滴的痕迹。这样，警方认为已有足够理由怀疑辛普森是凶杀嫌疑，便宣布辛普森住宅为凶杀案第二犯罪现场，正式向法官申请搜查许可证。在后来的

搜查中，福尔曼在二楼卧室的地毯上发现了一双沾有血迹的袜子，它成为指控辛普森涉嫌杀人的重要证据之一。

可是，在没有搜查许可证和非紧急情况下福尔曼独自一人在辛普森住宅中大肆搜查一事给警方造成了涉嫌违反正当法律程序的严重问题。依照美国法律，在某些人命关天的特殊情况下警官可以用电话或其它现代化通讯手段与法官取得联系，法官了解现场情况后可以口头授权警察进行搜查。只有在面临生命危险或罪证可能被销毁的紧急情况下警察才能破门闯入民宅搜查。可是，警官们进入辛普森住宅后的境遇并非如此。

在预审时，辩方指控 4 位白人警官心怀偏见、先入为主，早在案发之初就已把辛普森内定为主要嫌犯，然后故意寻找借口闯入民宅非法搜查。这样，假如法官判决警方违宪，则搜获的血迹和血手套都会成为“压下不用的证据”（suppressed evidence），不能

在审判时呈堂。但法官听取了警方的辩解后裁决搜查行为合法。尽管如此，在庭辩期间，面对辩方律师的穷追猛打，福尔曼死活也解释不清，作为一个有多年刑事侦察经验的老手，在非紧急情况下，明知没有搜查许可证，为何仍然独自一人在住宅内搜查？辩方借此怀疑，福尔曼之所以急不可耐地闯入搜查，很可能是为了借机伪造证据，用栽赃手法嫁祸被告。

（3）警官携带血样返回现场 6 月 13 日中午 12 点，当辛普森从芝加哥匆忙赶回洛杉矶时，警方已封锁了他的住宅。主持调查的瓦纳特和兰吉警官让他到警署总部来一趟，澄清一些疑点，辛普森便随口答应了。这时，辛普森的私人律师要求随同前往，但辛普森坚持说自己与凶杀案绝对无关，用不着律师。

在盘问开始之前，瓦纳特向辛普森宣读了“米兰达告诫”，提醒他有权保持沉默，有权请律师在盘问时在场。但辛普森同意放弃沉默权，独自一人与两位刑警谈了半个多小时，希望能给警方提供一些破案线

索。

照常理，如果辛普森是杀人凶手，沾有血迹的手套和袜子还遗留在客房后和卧室地毯上，杀人时刺破的手指伤口未愈，就是借他十个胆，恐怕他也不敢在没有律师在场的情况下单枪匹马地与经验丰富的刑警周旋。在案发当天那种心绪激荡、大受刺激的情况下，如果他在盘问过程中颠三倒四、自相矛盾、谎言连篇、破绽百出，他的口供将成为检察官指控他犯罪的重要证据。在美国社会中，犯罪嫌犯拥有沉默权的“米兰达告诫”家喻户晓，如果心怀鬼胎，他完全可以依法拒绝审问，或者至少要求律师在审问时坐镇压惊。但是，辛普森并没这样做。

令人啼笑皆非的是，警方白白浪费了单独审问辛普森的千载良机。在多年的破案生涯中，警官们似乎已习惯于榆木疙瘩般一声不吭的嫌犯，极少碰到过嫌犯自愿放弃沉默权的好事，结果把盘问嫌犯的谋略和技巧忘得一干二净。在审问过程中两位刑警非常客气，

没有盘问辛普森在案发之日的具体行踪，他们提出的问题既缺乏逻辑又不连贯，远远低于警校学生的水准。按常理，警官们应当刨根问底，穷追猛打，尽可能套出更多的口供，把盘问一直进行到辛普森不愿回答问题或请求律师在场为止。可是，警官们竟然草草收兵，主动结束了审问。这样，警方既没得到任何破案线索，也没得到任何可以用来起诉辛普森的口供。为此，事后主持起诉的检察官气得七窍生烟。

在审问过程中，瓦纳特告诉辛普森警方已在他的住宅内发现了一些可疑血迹。辛普森当即表示愿意提供自己的血液样品，以便澄清真相。于是，警署的护士便从辛普森身上抽取了血液样品。按常规，为了防止血样凝固和变质，警方在辛普森的血样中添加了防腐剂（EDTA）。这时，瓦纳特注意到辛普森左手用绷带扎住，且有肿胀迹象。辛普森解释说手指不知咋整的弄破了，对于弄破的具体时间他解释得含含糊糊、前后矛盾。征得辛普森同意后，瓦纳特指挥摄影师将

伤口拍摄下来。值得一提的是，辛普森此时仅是犯罪嫌疑人，法官虽已颁发搜查许可证，但尚未正式颁发逮捕令，辛普森如果心里有鬼，他完全可以拒绝与警方合作，拒绝抽取血样和拍摄伤口照片。

更令人难以置信的是，得到辛普森的血样后瓦纳特警长并未将它立即送交一步之遥的警署刑事化验室，反而携带血样回到了 32 公里以外的凶杀案现场。说出来可能没人敢信，天下竟然有如此荒唐的刑警，瓦纳特那天手持血样在血迹遍地的凶杀现场遛达了三个小时之后，才磨磨蹭蹭地将血样交给正在现场取样勘查的刑事检验员丹尼斯。冯（Dennis Fung）。在庭审时，面对辩方律师的质问，瓦纳特解释说，根据工作条例，所有证据必须先登记编号，然后才能送交刑事化验室存档，而丹尼斯。冯正是负责登记编号的警员，所以他才携带血样回到了犯罪现场。可是辩方死死抓住这个重大疑点大加渲染，辩方律师卡克伦把瓦纳特和福尔曼贬称为一对大骗子，使陪审团对警

方涉嫌违法乱纪、栽赃陷害的疑虑大大加深。

瓦纳特身携血样返回第一犯罪现场，铸成了警方在此案中第三个重大失误。在庭审时，警署护士出庭作证时说，他那天从辛普森身上抽取了大约 7.9 至 8.1 毫升血液样品。可是，辩方专家在警方实验室只发现了 6.5 毫升的血样。换言之，大约 1.4 至 1.6 毫升的辛普森血液样品竟然不翼而飞。辩方借此怀疑，瓦纳特携带血样回到第一犯罪现场很可能是为了借机伪造证据。

三、公路追捕与刑事起诉警署审问和抽取血样之后，辛普森得知自己已沦为头号嫌疑罪犯。为了避开新闻媒体的骚扰，他暂时躲在一位律师朋友位于半山腰的神秘豪宅中，开始筹组“梦幻律师队”。他借用橄榄球术语给自己挂上了球队老板兼指导的头衔。负责协调指挥全队进攻的“四卫”（Quarterback）角色由大名鼎鼎的犹太裔律师萨皮罗(Robert Shapiro)

担任，他曾出任好莱坞影星马龙。白兰度（Marlon Brando）的律师。冲锋陷阵的跑锋要职由著名黑人律师柯克伦（Johnnie Cochran）担任，此公在 70 年代出任过洛杉矶市副检察长，后来下海开业，成为法律界声望极高的大律师，曾帮助摇滚乐巨星麦可尔。杰克森（Michael Jackson）打过官司。

萨皮罗律师人脉极广，颇有运筹帷幄之才。他从波士顿请来了著名刑事律师李。贝利（Lee Bailey）——此公被誉为美国律师界最拔尖的盘诘高手之一；从纽约请来了舍克（Barry Scheck）律师——他是擅长在刑事案中应用 DNA 证据的头号权威；从阿尔巴尼请来了解剖和法医专家贝登（Michael Baden）博士——他曾在肯尼迪总统被刺案中担任首席法医。由于辛普森案的管辖权属于加州法院，应用加州法律和司法判例，萨皮罗邀请加州法律专家、加州大学圣塔。克拉拉校区法学院院长乌尔曼（Gerald Uelmen）入伙——他曾为“五角大楼文件泄密案”（New York

Times Co.v.United States，1971）的主角艾尔斯伯格（Daniel Ellsberg）担任过辩护律师。

阵容如此强大，萨皮罗仍不放心。由于警方涉嫌非法搜查，事关美国宪法第四修正案，萨皮罗又说动哈佛大学法学院教授德肖维奇（Alan Dershowitz）加盟——这位教授曾任最高法院大法官哥德伯格（Arthur J.Goldberg，1962—1965 任职）的法律助理，是全美声望极高的宪法权威和上诉律师。为了确保胜诉，萨皮罗又叫上康涅狄格州警政厅刑事化验室主任李昌钰（Henry Lee）博士出任专家证人——此公是美籍华裔刑事鉴识专家，以精湛、独特的刑事侦查与证据鉴识技术享誉国际警界，因屡破奇案被媒体誉为“当代福尔摩斯”。

此外，辛普森悬赏 50 万美元巨款奖励提供破案线索的举报人，并雇佣了几位著名私人刑事侦探调查凶杀案真相。（针对辛普森悬赏捉拿凶手一事， 有人幽默了一句：“他家里难道没有镜子吗？” 意为镜中

之人辛普森即为凶手。）

据行家估算，维持“梦幻律师队”正常运作的全部开销至少应在 600 万美元上下。

6 月 17 日上午 8 点，即案发 5 天后，根据现场血迹化验和 DNA 测试结果，检方决定立案起诉辛普森。警方要求他在上午 10 点准时投案自首。此时，“梦幻律师队”中的萨皮罗律师、贝登博士、李昌钰博士等人正在向辛普森了解案情，从他身上采集头发和血液等检验样品。萨皮罗以辛普森情绪低落、心理不稳为理由请求警方延缓几个小时。上午 11 时，警方拒绝了延缓的请求，并派出刑警前往神秘豪宅逮捕辛普森。

中午 12 时左右，当刑警赶到豪宅时，辛普森突然失踪了。临行前他留下了一封诀别信，信中说：“我与妮克之死毫无关系。我爱她，一直都非常爱他，而且将永远爱她。如果我们之间有什么矛盾的话，那只是我爱她太深。”结尾写道：“请不要为我悲伤，毕竟

我一生辉煌，又有好友无数。请大家记住真正的 O.J.，而不是眼前这个在人生中迷失方向的人。”

下午 3 时，警方在电视上了公布了辛普森的照片和汽车牌照资料，宣布他是在逃通缉犯。萨皮罗律师召开记者招待会，向媒体宣读了辛普森的诀别信，并在电视上请求辛普森不要轻生。

那么，辛普森打算远走高飞、畏罪潜逃吗？似乎不太像。当天下午 5 点 56 分，警方在加州高速公路上发现了辛普森的白色野马车。在长达约 6 个小时的时间中，他乘坐的越野车一直在洛杉矶市郊徘徊。据辛普森自己解释，他只是到安葬妮克的墓地去了一趟，悲痛欲绝。驾车司机是辛普森的铁哥们兼队友柯林斯，他一边驾车一边用汽车电话与警方通话，声称辛普森此时躺在后坐，手持枪支，情绪沮丧，如果警方强行截车捕人，辛普森有可能会自杀。

6 月 17 日下午恰好是美国职业篮球联赛(NBA)总决赛的第五场，纽约尼克斯队（Knicks）大战休斯

顿火箭队（Rockets）。笔者那天球赛看得正来劲儿，没想到，当警方发现了辛普森的越野车后，全美各地电视台突然临时中断节目，画面一律改为现场直播警车跟踪白色野马车的实况，真让人扫兴。

这时，辛普森终于开始与警方对话，他同意束手归案，但要求先回趟家，跟没娘的孩子和家人打声招呼。警方担心出人命，便同意了他的请求。这样，白色野马车在直升飞机和数十辆警车护送之下浩浩荡荡地缓缓开回了辛普森的家。辛普森与孩子家人见面并短暂交谈后，警察便将他押上了警车。一场全球瞩目的高速公路大追捕终于降下了帷幕。

世纪大案开场后，面对辩方的豪华阵容，检方派出了最具实力的检察官出场应战。主持起诉的是“常胜女将”、副检察长克拉克（Marcia Clark），她主持起诉过 20 多宗杀人重罪案，从未输过一次。由于辩方聘请黑人律师担任重要角色，检方遂指派助理检察官达顿（Christopher Darden）出任克拉克的副手，

他是检方阵营中综合素质最佳的黑人检察官。此外，洛杉矶市检察长亲自坐镇，在幕后协调指挥，他先后调集了 50 余名久经沙场、经验丰富的检察官和刑事律师参加案情分析和起诉准备。联邦调查局以及洛杉矶和芝加哥警方调遣了数百名刑警和刑事检验专家参与破案和现场勘查。据专家估算，检方为了与“梦幻律师队”过招至少破费了纳税人 800 多万美元巨款。可见，即使是有钱有势的富人，在面临国家强大的专政机器时也难免相形见绌。

“梦幻律师队”的开场球是要求此案由市区中心的洛杉矶市法院审理，其理由是案发之地的西区白人居民较多，而市区中心黑人居民占多数，随机抽样选出的陪审团成员将以黑人为主。检方对此虽然不太情愿，但由于两年前白人占多数的陪审团在受害人为黑人的罗德尼。金案中判决执法过当的白人警官无罪，结果在洛杉矶地区引发了一场规模空前的大暴乱，为了防止因种族因素再次闹事，检方只得同意改变管辖

法院。

这个世纪大案由美籍日裔法官伊藤（Lance Ito）主持审理——他的父母在二战时曾被关入日裔集中营。这位法官博才多学，一向以精通法律和严谨公正著称。

这样，检辩双方阵营都有黑人律师，日裔法官主持审判，陪审团成员多数是黑人，一旦被告被判有罪，黑人就是想闹事也没啥理由。实际上，辛普森案从一开始就已与种族问题有了难以解脱的瓜葛。

正式审判开始后，在开庭陈词时检方指控辛普森预谋杀妻，作案动机是嫉妒心和占有欲。离婚之后，辛普森对妮克与年轻英俊的男人约会非常吃醋，一直希望破镜重圆，但希望日益渺茫。案发当天，在女儿的舞蹈表演会上妮克对辛普森非常冷淡，使他萌动了杀机。戈德曼则属于误闯现场，偶然被杀。法医鉴定表明，被害人死亡时间大约在晚上 10 点到 10 点 15 分之间。辛普森声称，当晚 9 点 40 到 10 点 50 之间

他在家中独自睡觉，无法提供证人。

在整个审判过程中，根据律师的建议，辛普森依法要求保持沉默，拒绝出庭作证。

但是，检方关于预谋杀人的指控似乎不合情理，主要原因是：辛普森当晚要赶飞机，他已预约了豪华出租车送自己去机场。这一安排实际上堵死了他本人作案的后路，因为他必须在短短 1 小时 10 分钟之内驱车前往现场，选择作案时机，执刀连杀两人，逃离凶案现场，藏匿血衣凶器，洗净残留血迹，启程前往机场，整个环节稍有差错闪失就会耽误飞机起飞的钟点，这时，出租车司机便会成为重要证人。另外，对辛普森这种缺乏训练和经验的“业余杀手”来说，使用枪支是最佳选择，根本没必要用利刃割喉杀人。这种作案方式不仅弄得自己满身血迹，而且会在凶杀案现场、白色野马车和自己住宅中留下难以抵赖的“血证”。

辨方认为，妮克有可能被贩毒集团或黑手党杀害，

因为妮克有吸毒历史，如果她大量购买毒品之后未能按时支付，就有可能被黑手党暗下毒手，而割喉杀人正是黑社会惯用的凶杀手段。另外，戈德曼与妮可之间也不是一般关系，有人曾看见他驾驶妮可那辆价值15 万美元的白色法拉利牌（Ferrari）高级跑车在街上兜风。更令人生疑的是，1993 年到 1995 两年期间，在戈德曼打工的那家意大利餐厅竟然有四位雇员被谋杀或神秘失踪。

四、“血证如山”破绽百出世纪大案开场后引起全美各界的极大关注。

根据美国联邦和加州的证据法，刑事案中的证据一般可分为直接证据和间接证据两种。所谓直接证据，是指能够以直接而非推理的方式来证明案情的证据。比如，某证人出庭作证，声称他亲眼看见凶手用利刃杀了受害者，这就是直接证据。所谓间接证据，是指不能以直接方式而必须以推理的方式来证明案情的

证据。比如，在凶杀案现场发现了血迹或指纹，这就是间接证据，或者说是旁证。辛普森案没有目击证人，检察官只能使用警方搜集的血迹、手套、袜子和血液化验结果等间接证据来指控辛普森，所以这是一个非常典型的“旁证案件”。

在美国的司法体制中，仅仅依赖间接证据就把被告定罪判刑绝非易事。这是因为，仅凭个别的间接证据通常不能准确无误地推断被告人有罪，必须要有一系列间接证据相互证明，构成严密的逻辑体系，排除被告不可能涉嫌犯罪的一切可能，才能准确地证实案情。此外，间接证据的搜集以及间接证据和案情事实之间的关系应当合情合理、协调一致，如果出现矛盾或漏洞，则表明间接证据不够可靠，不能作为定罪的确凿根据。比如，在辛普森案中，检方呈庭的间接证据之一是在杀人现场发现了被告人的血迹，可是，由于温纳特警长身携辛普森的血样在凶杀案现场遛哒了三个小时之久，致使这一间接证据的可信度大打折

扣。

在辛普森案中，由于检方证据全都是间接证据，因此，辩方律师对这些“旁证”进行严格鉴别和审核，是这场官司中极为重要的一环。令人失望的是，检方呈庭的证据破绽百出，难以自圆其说，使辩方能够以比较充足的证据向陪审团证明辛普森未必就是杀人凶手。

（1）血迹证据令人生疑检方呈庭的重要证据之一是血迹化验和 DNA 检验结果。刑事专家一致同意，血迹化验和 DNA 检验的结果不会撒慌，但是，如果血迹受到污染、不当处理、草率采集或有人故意栽赃，那么它的可信度则大打折扣。在辛普森案中，这些毛病全都存在。

检验结果表明，所有疑点都聚集在辛普森一人身上。凶杀现场两处发现辛普森的血迹；现场提取的毛发与辛普森的头发相同；警方在现场和辛普森住宅发现的血手套是同一付，两只手套上都有被害人和被告

的血迹；在辛普森住宅门前小道、二楼卧室的袜子和白色野马车中都发现了辛普森和被害人的血迹。这样，检方证据堪称“血证如山”，辛普森涉嫌杀人似乎已是无法低赖的事实。

但是，辩方阵营认为这些“血证”疑点极多，破绽百出。

首先，袜子上的血迹非常奇怪。辩方专家指出，这只袜子两边的血迹竟然完全相同。根据常识，假如袜子当时被穿在脚上，那么袜子左边外侧的血迹绝不可能先浸透到左边内侧，然后再穿过脚踝浸透到右边内侧。只有当血迹从袜子左边直接浸透到右边时，两边的血迹才会一模一样。换言之，血迹很有可能是被人涂抹上去的。在庭审时，检方出示了几张发现血袜子的现场照片，可是照片上的时间顺序却自相矛盾。案发之日下午 4 点 13 分拍照的现场照片上没有这只血袜子，可是 4 点 35 分拍的照片却出现了血袜子。那么，血袜子究竟是原来就在地毯上？还是后来被警

方移放到地毯上？对此问题，警方的答复颠三倒四，前后矛盾。另外，辩方专家在检验袜子上的血迹时发现其中含有浓度很高的防腐剂（EDTA），辩方律师提醒陪审团，案发之日，警方在抽取辛普森的血样之后在血样中添加了这种防腐剂。

其次，从现场勘查报告看，身高体壮的戈德曼曾与凶犯展开了一场血战，他的随身物品——一串钥匙、一个信封、一张纸片以及一个呼叫机——都散落在不同的地方，这说明打斗的范围很大，搏斗很激烈。戈德曼的牛仔裤上有血迹向下流的形状，说明他不是在极短时间内死亡，而是在负伤之后仍然挺身而斗，拼死抵抗。他被刺中了 30 余刀，最后因颈部静脉断裂和胸腹腔大出血致死。据此推断，凶犯浑身上下肯定也沾满了血迹。可是，为什么在白色野马车上只发现了微量血迹？更令人疑惑的是，为什么凶手下车后，却在围墙前门车道和从前门通往住宅大门的小道上留下了很多明显血迹？还有，假设辛普森穿着血衣血

鞋沿前门小道进入住宅大门，又穿着血袜子走上二楼卧室，为什么在门把、灯光开关和整个住宅内的白色地毯上没发现任何血迹？

再次，根据血迹检验报告，在现场两处地方发现了辛普森的血迹。一处在从被害人尸体通向公寓后院的小道上，警方发现了五滴被告血迹，大小均匀，外形完整。但辩方认为，假设辛普森在搏斗中被刺伤，按常理，应该在起初大量流血，过一会儿血量才会逐渐减少，所以，血滴绝对不可能大小均匀。另外，血滴应是在搏斗或走动中被甩落，以撞击状态落地，因此，血滴的外形不可能完整。另一处，是在公寓后院围墙的门上警方发现了三道血痕。可是，检方专家在检验这些血痕时再次发现了浓度很高的防腐剂（EDTA）。

最后，辩方专家指控，洛杉矶市警署刑事实验室设备简陋，管理混乱，检验人员缺乏训练，没有按照正常程序采集现场血迹。由于证据样本处理不当，所

以检验结果令人生疑。比如，按照正常程序，在采集血迹样本进行 DNA 分析时应当先用棉花沾起血迹样本，待自然风干之后才能放入证据袋中，可是，警方检验人员在血迹尚未风干时就已将样本放入证据袋。据此，辩方律师舍克毫不客气地表示：警署的刑事化验室简直就是个“污染的粪坑”。

（2）手套证据疑云密布检方呈庭的重要证据之二，是福尔曼在辛普森住宅客房后面搜获的黑色血手套。可是，这只血手套同样疑云密布。

首先，根据福尔曼的证词，当他发现血手套时其外表的血迹是湿的。辩方专家认为这是绝对不可能的。凶案大约发生在 6 月 12 日深夜 10 点半左右，而福尔曼发现手套的时间是 6 月 13 日早晨 6 点 10 分，时间跨度在 7 个小时以上。辩方用模拟实验向陪审团演示，在案发之夜那种晴转多云和室外温度为摄氏 20 度的气象条件下，事隔 7 小时后手套上沾染的血迹肯定已经干了。那么，福尔曼为何一口咬定是湿的

呢？辩方提供的解释是：只有一种可能性，那就是福尔曼来到凶杀案现场后，悄悄地把血迹未干的手套放入了随身携带的警用证据保护袋之中，然后，他千方百计寻找机会进入辛普森住宅，趁人不备伪造证据，这样，尽管时间跨度很长，但血迹仍然是湿的。

其次，假设辛普森是杀人凶犯，当他满身血迹、惊惶失措地从杀人现场逃窜回家，把凶器和血衣藏匿得无影无踪之后，根本没必要多此一举，单独溜到客房后面藏匿血手套。另外，辛普森对自己住宅的旁门后院、地形道路了如指掌，按常理，他不太可能撞在空调上发出一声惊天动地的巨响，并且在遗失血手套之后不闻不问。从各方面情况分析，撞在空调上并丢失手套的主儿显然是一个对住宅内地形和道路不太熟悉的人。另外，如果凶犯在黑暗中慌不择路，瞎摸乱撞，丢三落四，为什么在血手套现场没发现其它血迹以及可疑的脚印和痕迹？

再次，虽然在警方在凶案现场和辛普森住宅搜获

了一左一右两只手套，并且在手套上发现了两位被害人和辛普森的血迹，但是，这两只手套的外表没有任何破裂或刀痕，在手套里面也没发现辛普森的血迹。这说明，辛普森手上的伤口与血手套和凶杀案很可能没有直接关系。

最后，为了证实辛普森是凶手，检方决定让他在陪审团面前试戴那只沾有血迹的手套。在法庭上，辛普森先带上了为预防污损而准备的超薄型橡胶手套，然后试图戴上血手套。可是，众目睽睽之下，辛普森折腾了很久却很难将手套戴上。辩方立刻指出这只手套太小，根本不可能属于辛普森。检方请出手套专家作证，声称手套沾到血迹后可能会收缩一些。但辩方专家认为这是一种经过预缩处理的高级皮手套，沾血后不会收缩。控辩双方各执一辞，争论不休，但是，在一些陪审员眼中这只血手套的确有点儿太小了。

五、辩方打出“种族牌”

辛普森案审判期间，最令辩方阵营生疑的人物是检方的“明星”证人福尔曼警官。案发之夜这位警官并不当差，既然如此，他为何不辞辛苦深更半夜赶到现场？为何自告奋勇带队前往辛普森住宅？更令人疑惑的是，为何白色野马车上的血迹、客房后的血手套、二楼卧室的血袜子等重要证据凑巧都被他一人单独发现？他究竟是一个神通广大的超级警探，还是一个劣迹累累的警方败类？

在此背景下，福尔曼自然成为辩方律师调查和盘诘的重点对象。为此，辩方特意设立了一个免费举报热线电话，希望各界人士提供线索。结果，辩方了解到，这位警官曾有过很多极为恶劣的种族歧视言论。比如，根据一位名叫拜尔（Kathleen Bell）的证人举报，在1985到1986年期间福尔曼曾扬言，如果他在街上发现一个黑人男性和一位白人女性同在一车，他就拉响警笛，勒令停车。假如没有勒令停车的理由，他也会凭空捏造。他甚至狂言：希望看到所有

“黑鬼”聚成一堆，一把火烧死或用炸弹炸死。还有一位证人举报，福尔曼崇拜希特勒，他收藏了大量的纳粹德国党卫军的军功章。

但是，福尔曼本人坚决否认火烧“黑鬼”的指控。于是，辩方阵营请求伊藤法官下令，要求允许律师盘诘福尔曼，质问他在过去 10 年中是否使用过“黑鬼”这种侮辱性词汇。辩方企图以此为突破口彻底诋毁福尔曼的证人资格。辛普森案后，各界人士口诛笔伐，对辩方这种打“种族牌”的诉讼策略嗤之以鼻、痛加抨击。值得一提的是，在争议性极大的“种族牌”问题上，“看热闹”的外行人士纷纷指责辩方律师，“看门道”的内行专家则怪罪主审法官。

针对辩方使出的损招儿，黑人检察官达顿恳请伊藤法官公正裁决，将“种族牌”踢出法庭。他强调：“‘黑鬼’是英语中最肮脏、最下流的冒犯字眼儿，在本案中，在这个法庭上，绝对不能允许它存在。这件事与寻求本案事实真相毫不相关，它只能起到一个

作用，那就是使黑人陪审员恼火。”“辩方打出这张种族牌，不仅会改变本案的方向和重心，而且案情的整个形势都会随之大变。”

辩方律师卡克伦则反驳说：“黑人每天都生活在冒犯的目光注视下，每天都忍受着欺侮的境遇，但他们仍然信任这个国家的司法制度。……声称种族问题会影响黑人陪审员的公正判决，这才是绝对的冒犯。”

面对这个复杂而敏感的大难题，伊藤法官权衡再三，最终裁决辩方可以盘诘福尔曼在 10 年之内是否使用过冒犯之词。

可能有人会纳闷，福尔曼在过去 10 年之中是否说过“黑鬼”一词与辛普森是否涉嫌杀人究竟有何关系？按常理，即使福尔曼在“黑鬼”一事上撒了弥天大谎，那并不能直接证明他在世纪大案中的证词是瞎编伪造；即使这位警官曾有过一些种族歧视的言论，那同样不能证明他故意栽赃和陷害被告。这是一个审判辛普森的世纪大案，为何一不留神变成了审判福尔

曼警官的案子？在庭审过程中，伊藤法官为何不顾检方反对，竟然允许辩方采用这种滥打“种族牌”和“扭转斗争大方向”的辩护策略呢？

信不信由你，在美国的司法体制中，尽管争议性极大，但辩方的“种族牌”策略和伊藤法官的裁决完全合乎法律。受英国普通法中“品格证据”传统的影响，美国联邦和加州的证据法和判例都规定，如果出庭证人的品格被证明有缺陷，则证人呈庭的某些证词就不具有法律效力。所以，在法庭审判时，检辩双方律师都会在证人个人品格上大作文章。此外，在法庭宣誓之后，如果一位证人在一部份证词中故意撒谎，那么，陪审团可以将这位证人的其它证词也视为谎言。1996 年，加州上诉法院在著名的瓦尔波娜诉斯普伦格案（Vallbona v.Springger，1996）中再次明确重申了这一证据规则。

法官开绿灯后，辩方律师李。贝利一上来就质问福尔曼：“在过去 10 年之中，你曾使用过‘黑鬼’一

词吗？” 福尔曼答：“就我所记得，没用过。” 为撒谎留下了一点儿回旋余地。但律师岂能轻饶他，立刻抓住答复中的含糊之处追问：“你的意思是说，如果你叫过某人黑鬼，你也早就忘了？” 这个反问简直盖了帽儿了！福尔曼只得故作糊涂：“我不确定我是否能回答你用这种方式提出的问题。” 律师步步紧逼：“我换句话说吧，我想让你承认，自 1985 或 1986 年以来，或许你曾在某一时刻称呼某位黑人是黑鬼，可能你自己已经忘了吧？” 福尔曼只好硬着头皮答复：“不，不可能。” 律师趁热打铁：“你是否就此宣誓？” 警官只好回答：“那正是我的意思。” 律师换了个角度追问：“如果任何一个证人出庭作证，说你曾用‘黑鬼’一词形容黑人，这个人就是在撒谎？” 福尔曼被迫承认：“没错，他们是在撒谎。” 这样，辩方律师以密不透风的逻辑和出色的盘诘技巧把福尔曼警官逼进了无路可退的绝地。

天下竟有如此巧合之事。这次盘诘结束后不久，

辩方从举报电话中获悉，一位女剧作家为了收集警察破案的生活素材，在最近 10 年期间曾多次采访福尔曼，并录制了 14 个小时的采访录音。辩方律师审听录音后发现，在录音谈话中，凡是提到黑人的地方，福尔曼警官一律使用了“黑鬼”这一侮辱性用语，共达 41 次之多。此外，在 1994 年 7 月 28 日的采访中，福尔曼自吹自擂：“我是世纪大案的关键证人，如果我不帮助检方撑住，他们就会输掉这个大案。血手套决定一切，如果没有手套，拜拜别玩了。”他还声称：“你他妈的就是搞不懂，干警察这一行用不着规矩，全是凭感觉。去他妈的规则吧，我们到时候瞎掰就足够了。”在录音谈话中，福尔曼还明目张胆地吹嘘诬陷无辜的经历，他说：“我曾拘留了不属于这一地区的闲杂之人，如果一定要我讲出理由，我就楞说此人有盗窃嫌疑。”“我们警察不是好惹的。我们就是杀了人，也知道该怎么说。”

福尔曼录音磁带的发现堪称世纪大审判的转折

点。检方争辩说，谈话录音只是文学创作的素材，难免有自吹和夸大之嫌，根本不能视为合法证据。但伊藤法官仍然裁决陪审团可以审听部份录音。

在法庭盘诘时，辩方律师乌尔曼声色俱厉，重炮猛轰福尔曼：“你在预审时的证词是否完全真实？”“你是否捏造警方的刑事勘查报告？”“你在此案中是否栽赃和伪造证据？”面对这些不容回避的法律问题，福尔曼竟然答复：“我希望维护我的宪法第五条修正案特权。”换句话说，他凭借最高法院 1966 年在著名的米兰达案中规定的嫌犯沉默权，拒绝答复辩方针对呈庭证据提出的合理质疑。在总结陈词中，辩方律师卡克伦指出，福尔曼是“一个拥护种族灭绝政策的种族主义者、一个作伪证的家伙、美国最令人可怕的恶梦和魔鬼的化身”。

在美国的司法体制中，证据的可信度是打赢官司的关键性因素之一。警方作为刑事案件的侦破机关，在第一时间掌握的证据最多，所以，美国法律明文规

定，警察必须就搜查和检验证据等法律问题出庭作证，这是法庭审判和程序公正的重要环节。警察不同于一般的证人，执法者的特殊身份决定了他们回答辩方律师质疑的必要性。即使是普通的交通违规罚款案，涉案警察仍然有义务准时出庭，手按圣经宣誓作证。西方司法界有句箴言："警察是法庭的公仆"（Policeman is the public servant of the court）。因此，福尔曼要求保持沉默、拒绝回答辩方质疑之举绝对是荒唐之至，这实际上相当于不打自招，变相承认涉嫌伪造证据，陷害被告。从法理上说，福尔曼的证词已失去了法律效力。检方几乎输定了。

辛普森案结束后，洛杉矶市地区检察官毫不留情，正式立案起诉福尔曼警官。结果，他因伪证罪被判了3年有期徒刑，狱外监管。这样，杀人嫌犯辛普森被无罪开释，执法者福尔曼警官却沦为重罪案犯。这真不知是美国司法的骄傲，还是它的耻辱？或许两者兼而有之吧！

六、“超越合理怀疑”的深思 1995 年 10 月 3 日，美国西部时间上午 10 点，当辛普森案裁决即将宣布之时，整个美国一时陷入停顿。克林顿总统推开了军机国务；前国务卿贝克推迟了演讲；华尔街股市交易清淡；长途电话线路寂静无声。数千名警察全副武装，如临大敌，遍布洛杉矶市街头巷尾。CNN 统计数字表明，大约有 1 亿 4 千万美国人收看或收听了“世纪审判”的最后裁决。

陪审团裁决结果：辛普森无罪。

实际上，判决公布之前，由于检方呈庭证据破绽百出和福尔曼警官作伪证，辛普森无罪获释已成为可以预料的结局。

在美国的司法制度中，刑事案采用的定罪标准是“超越合理怀疑”（prove beyond a reasonable doubt）。具体而言，在法庭审判时，检方若要指控被告有罪，一定要提出确凿可信的证据来证明被告的

罪行。毫无疑问，任何证据都会存在某种疑点，但陪审团只有在确信证据已达到“超越合理怀疑”的标准时，才能判决被告有罪。

那么，什么是“超越合理怀疑”呢？美国证据法权威卫格莫（John H.Wigmore）教授认为，这个法律术语的含义“难以捉摸，不可定义”。但是，这个术语包含一个极为重要的原则：由于刑事案人命关天，所以陪审团在裁决无罪时不一定非要确信被告清白无辜，只要检方呈庭证据破绽较多，没达到“超越合理怀疑”的严格标准，尽管有很多迹象表明被告涉嫌犯罪，但陪审团仍然可以判决被告无罪。有人说，美国司法制度的特征之一是“宁可漏网一千，不可冤枉一人”，此语极为传神。

通过辛普森一案，人们会注意到，美国司法制度对程序公正和确凿证据的重视程度远远超过了寻求案情真相和把罪犯绳之于法。假如美国司法制度的目的是寻求案情真相，那么犯罪嫌犯压根儿就不应该拥

有沉默权。实际上，整个美国宪法和司法制度的核心是防止“苛政猛于虎”，是注重保障公民权利和遵循正当程序。美国最高法院大法官道格拉斯（William O.Douglas，任期 1939—1975）精辟地指出：“权利法案的绝大部份条款都与程序有关，这绝非毫无意义。正是程序决定了法治与随心所欲或反复无常的人治之间的大部份差异。坚定地遵守严格的法律程序，是我们赖以实现法律面前人人平等的主要保证。”

遵循公正程序是现代法治的基本原则之一。但是，一味强调程序公正，常常会出现忽视寻求案情真相、放纵涉嫌罪犯的弊端，因为任何事先规定的公正程序都不可能准确地预计未来发生的全部情况和具体个案。在世纪审判中，辛普森之所以被无罪开释，并非由于他向法官和陪审团行贿或违反诉讼程序，而是由于“梦幻律师队”善于钻空子，充份利用检方和警方的失误，充份利用现有的法律、判例和刑事诉讼程序，合法地挑战检方呈庭证据和警方证人的种种疑点，成

功地为被告开脱了罪名，而这些法律和程序在制订之时根本不知有辛普森其人。

事实证明，在很多情况下，注重程序公正不一定总是导致公正的审判结果，有时抄家搜查、刑讯逼供反而有助于及时破案、伸张正义。但是，这种做法只是饮鸩止渴，虽然得益一时，但却助长官府和警察滥用权力和胡作非为，从根本上损害宪政法治的千秋大业。

应当强调的是，美国司法制度和诉讼程序虽然存在很多缺陷，但是，人世间不存在完美无缺、值得人们奋斗终身的伟大制度，也不可能有那种不枉不纵、绝对公正的诉讼程序。人们只能是两害相权取其轻。

斯大林执政时期，一起恶性杀人案发生后，秘密警察头子贝利亚下令限期破案。在发往各地的通缉令中附带三张摄自不同角度的嫌犯照片，一张正面，一张左侧面，一张右侧面。一周之内，相貌酷似照片的三名嫌犯同时落入法网。酷刑逼供之下，三名嫌犯都

“如实”招供了罪行。坦率地说，在这种宁枉勿纵的体制下，普通罪犯一般很难轻易逃脱法网。可是，正是在这种忽视正当程序和监督制衡的政治体制中，开国元勋屈死刑场，数百万无辜公民陷入冤狱，特权阶层和秘密警察胡作非为，小民百姓的自由、财产和尊严遭到无情践踏。苏联衰落的历史教训极为惨痛深刻。

辛普森案结束后，克拉克检察官出版了回忆录，版税收入高达 300 万美元。后来她干脆辞去公职，成为小有名气的电视节目主持人。经她多次邀请，“梦幻律师队”中的李昌钰博士以嘉宾身份出席了她主持的一次谈话节目。节目一开始，她就咄咄逼人地问道：“既然您承认在案发现场的血迹经 DNA 检验是辛普森的，但是您为何仍然帮助辛普森作证？”李昌钰回答：“我今天坐在这里接受访问，假设在访问中，您那美丽的头发不知何故沾到我的裤子上，回家后我太太发现了我裤子上有头发，拿到化验室去鉴定 DNA，结果证实是您的头发，然后她就查问我今天跟您做了

什么见不得人的事情，责问您的头发为何会跑到我的裤子上来。啊哈，我就有大麻烦了！但是，天知、地知、您知、我知，我们没做任何不轨的事情。因此，即使 DNA 检验结果证明了某根毛发或某些血迹是某人的，也不能直接证明这个人就做了这些坏事。”

美国最高法院大法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes，Jr.，任期 1902—1932）认为：“罪犯逃脱法网与政府的卑鄙非法行为相比，罪孽要小得多。”在霍姆斯看来，政府滥用权力和司法腐败对国家和社会造成的整体危害，远远超过了普通犯罪分子，因此，宪政法治的核心和重点绝非一味不择手段、从重从快打击犯罪分子，而是应当正本清源，注重对政府权力予以程序性约束和制衡，防止执法者和当权者凌驾于法律之上，利用手中特权和国家专政机器胡作非为、巧取豪夺、为害一方，任意欺压无处申冤的小民百姓。防官府恶政远甚于防犯罪刁民，防止“窃钩者诛，窃国者侯”和统治者随心所欲、逍遥法外的虚伪“法制”

（rule by law）的弊端，正是美国宪政“法治”（rule of law）制度设计的重要特点。

但是，9.11 事件对美式民主和自由观念造成极大冲击。为了使政府执法和司法部门更有效地打击和审判恐怖分子，很多美国民众尽管内心不甚情愿，但不得不同意出让一些以前被视为神圣不可侵犯的个人自由和权利。美国社会中保守主义思潮抬头，总统和联邦政府执法部门的权势有所加强。

这种全新现象和趋势将对未来美国宪政体制的发展造成哪些影响，人们将拭目以待。

第二十七章

总统难产引发的司法大战
——布什诉戈尔案（2000）

2000 年美国总统大选上演了一场好莱坞经典大片式的悲喜剧。围绕着佛罗里达州（Florida）选票计算，总统大选出现了前所未有的戏剧性局面，美国共和党与民主党经历了 36 天的“世纪司法大战”，打得难解难分，天昏地暗。经过 36 天的总统难产之后，最后一锤定音的居然是非民选的最高法院！

按照民主常识，谁得到的选票多谁就当总统。可是，民主党候选人、副总统戈尔（Albert Gore）虽然比共和党候选人、得克萨斯州长小布什（George W.Bush）多得了 53 万余张普选票，但赢得总统宝座的竟然是后者！这种违反民主原则的现象以及随后的

司法大战涉及到的总统选举程序问题，把久经“选场”的美国选民弄得眼花缭乱，头昏脑胀，一脑门子浆糊。

常听人说美国是一个民主制国家，美国总统是由全民直接选举产生的。但实际上，这一常识性的表述是不准确的。美国的政体是共和制，美国总统也不是由全民直选产生的。根据美国宪法，各州选民在总统大选中选出的只是选举人。大选后，各州的选举人组成全国的选举团，最后由选举团的投票来决定总统选举的结果。

那么，号称高度民主的美国为什么不搞全民直选呢？美国宪法为什么要设立选举团制度？2000 年选举为什么会出现难产？这一现象的出现与美国的宪政体制有何关系？美国最高法院在解决这次选举危机中起到了什么作用？造成了哪些影响？探讨这些问题，将促使人们深入思考美国选举制度的合理性和民主性问题。

一、选举制度独一无二 总统大选危机两度虽然美国最高法院权力超过其他国家司法部门的权力，但人们仍然很难想象，它居然也能够在决定由谁当美国总统这样至关重要的问题起决定性的作用。

这一切是如何发生的？仍需要从头道来。

别看美国什么都很发达，惟独它的宪法及其所规定的总统产生方式却相当“古老”。选举国家最高行政首脑的程序问题是美国宪政体制的基本事项，也是1787 年费城制宪会议期间吵得不可开交的主要议题之一。经过激烈争吵和明智妥协，1787 年美国宪法规定：总统每 4 年选举一次，先由各州议会自行决定选举或委任与该州国会议员人数相等的总统选举人（electors），再由他们组成所谓的选举团（electoral college），在全国统一的投票日，由选举团最终投票选举总统，赢得选举团半数票的候选人为总统。换句话说，按照美国宪法中关于选举团的规定，决定总统大选输赢的标准不是全国范围内的普选票，而是选举

人票。因此，严格说来，美国人并没有直接选举总统的政治权利。

随着美国人口的增多，选举权的普及，19 世纪下半叶开始选举人由选民直接选举产生，选举团的人数也不断增加，但选举方式却依然如故。由于选举人由政党提名确定，哪个党的总统选举人多，也就意味哪个党的总统候选人当选。1961 年起，选举团的人数固定为 538 人，因此，赢得总统选举至少要获得 270 张以上的选举人票。

美国各州的总统选举人与其国会议员人数相当。不论大州小州，人口多寡，在国会参议院均有两个代表。众议院议员的人数则按人口比例平均分配，大体上每 50 万人产生一个众议员，如果某州人口不足 50 万，也可以有一个众议员——阿拉斯加等州就只有一个众议员。（美国首都华盛顿地位特殊，没有国会议员，也就一直没有参加总统大选，直到 1961 年国会才通过一项法律，规定它可以拥有三张选举人票。）。

这样一来，一些人口小州总统选举人平均所代表的选民数就少于人口大州。而且，美国总统大选采取“赢家通吃”原则，即一个总统候选人只要赢得某州一半以上的选票，那么，该州的全部选举人票都归他。因此，就有可能出现这样的情形：如果一个候选人以较大优势赢得了很多州的选举人票，而另一个候选人主要是以微弱优势赢得了很多州的选举人票，那么后者可能因赢得了足够的选举人票当选为总统，尽管他在全国范围的普选票可能少于前者。在2000年大选中，戈尔虽然在全国范围的普选票上领先于小布什，但如果小布什最后在佛罗里达以微弱多数胜出，“通吃”该州的25张选举人票，使选举人票在全国超过半数，他就可以名正言顺地当选总统。

在美国宪政史上，这种“少数票总统”或“错误的胜者”（wrong winner）的现象先后发生过4次：1824年选举，当选总统亚当斯只得到30.5%的普选票，而赢得43.1%普选票的杰克逊却惨遭落选命运；

1876 年选举，民主党候选人泰登比共和党候选人海斯多得了 25 万张普选票，但却因州选举人票计算惹出的麻烦而落选；1888 年选举，民主党候选人克里夫兰获得了 5540050 张选民票，共和党候选人哈里森只获得了 5444337 张选民票，但后者却以 233 张选举人票的明显优势当选总统，而前者只获得了 168 张选举人票；2000 年选举，戈尔比小布什多得了 53 万余张普选票，但小布什却赢得了总统宝座。

那么，美国制宪先贤为何要设计出选举人票这种明显违反民主原则的总统选举制度呢？难道他们连一人一票、得票多者当选这种最基本的民主常识都不懂吗？若要讲清这个问题，有必要从美国的共和制政体从头谈起。

从理论上说，人民主权和社会契约是美国宪法的重要原则。但是，在具体的操作层次上，如何抑制个人野心，防止官府独断专行、滥用权力、任意欺压人民，是 200 年前美国制宪先贤面临的巨大难题。

按照传统的民主理论，只有实行最广泛的直接民主，按照多数人的意志处理国家大事，让人民当家作主、参与决策、监督政府、充份行使民主权利，才能彻底杜绝君主专制的弊病。这似乎是人类社会通往人间天堂的不二法门。但是，美国制宪先贤却有不同的看法。这帮人，或者经验丰富如富兰克林，或者思想深邃如麦迪逊，或者脚踏实地如华盛顿，在不断争吵和辩论中逐渐形成一个共识，认为这种朴素的民主理论是错误的。因为在任何社会中都会存在不同的利益集团和派别，正直和无私并非人的天性，如果人人都是天使，那根本就不用建立政府，所以，人民也有可能野心勃勃、拉帮结派、勾结多数、欺压少数。在直接民主的体制中，某一个利益集团或派别很容易形成独占多数的局面，造成危害少数利益的恶果。因此，直接而广泛的民主反而极易导致“多数人的暴政”。此外，人民通常并不懂得政治，他们很容易被一小撮居心叵测的政治野心家所误导。美国宪法之父麦迪逊

甚至认为："即使每一位雅典公民都是苏格拉底，每一次雅典人大会也仍然会是一堆群氓。"后来法国大革命的血腥历史也证明，任何一种不受限制的权力，即使是多数人以"人民民主"的高尚名义，仍然会导致最彻底的专制和空前残酷的暴政。

针对这一难题，美国制宪先贤的思想可谓独树一帜。他们提出的高招不是用民主对抗野心，而是"野心必须用野心来对抗"。他们在宪法中精心设计的政治制度并非民意至上的民主制，而是一种以分权制衡和多元利益为基石的代议制共和政体。麦迪逊认为："毫无疑问，依靠人民是对政府的主要控制；但经验教导人们，必须有辅助性预防措施。"他进一步指出："在美国的复合共和国里，人民交出的权力首先分给不同的政府，然后把政府分得的那部份权力再分给几个分立的部门。因此，人民的权利就有了双重保障，而两种政府将互相控制，同时各政府又自己控制自己。"麦迪逊在这里所说的"两种政府"是指美国联

邦与州两级政府之间的纵向分权，他提到的“几个分立的部门”是指政府中执法、立法和司法三个部门之间的横向分权。这样，在民选代议制政府的基础上，依靠分权和制衡，使任何一个利益集团和派别都无法占据至高无上的地位，从而达到利益相对平衡和杜绝专制暴政的目的。

值得注意的是，在制宪先贤设计的以民选为基础的共和制政体中，总统、联邦参议员和联邦最高法院大法官的产生方式和程序都违反了“一人一票”的民主原则。与民主制相比，美国共和制政体注重对政府和人民的权力都予以严格限制，强调分权和制衡，强调遵循宪政法治的规则和程序，强调联邦与州之间的平衡，在尊重多数人意志的同时又注重保护少数人的利益，而不是简单地按照“一人一票”或“全民公决”的民主原则治国。在此背景下，美国宪法规定的选举团制度既体现出服从多数、尊重少数的共和制政体特点，又反映出美国联邦制的特殊国情。

美国建国之初，13 个州大小悬殊，交通不便，信息阻塞，互不信任，全国普选显然缺乏可行性。根据 1790 年的人口普查，当时全美人口总数 360 万，其中宾西法尼亚人口高达 43 万，德拉华州人口仅为 5.8 万，如果不硬性规定每州分配两名参议员和实行选举团制度，美国总统将会成为几个人口大州的总统，而不是 13 个州的总统，人口小州有可能扯旗造反，分家单过。在 21 世纪的今天，美国人口最多的 7 个州——加利福尼亚、德克萨斯、纽约、宾西法尼亚、佛罗里达、伊利诺斯和俄亥俄——的人口加起来已经超过了全美总人口的半数，如果废除选举团制度，按照普选票决定总统选举结果，那么总统候选人有可能不惜一切代价极力争取在这 7 个人口大州以绝对优势获胜，根本不管其他 40 几个州的死活。然而，在选举团制度下，Rhode island 人口虽然只是加利福尼亚人口的六十分之一，但选举人票却是加利福尼亚的十八分这一，这样，小州在联邦中的权益就在一定

程度上得到了相对保障。

但是，由于没有料到会出现政党，美国制宪先贤在设计宪法时也有疏漏之处。1787 年宪法规定正副总统分开选举，选举人可以投两次票，且无需注明是投总统还是副总统，得选举人票最多的为总统，次之为副总统。但是，这一规定在 1800 年总统选举中暴露出严重的缺陷。当时，开国老总统华盛顿已经退休，他的副总统亚当斯和国务卿杰弗逊分别当选为新的正副总统。他们两位政见不同，分别属于形成中的联邦党和民主共和党，一届任期的同床异梦后，两人便分道扬镳。在 1800 年大选中，杰弗逊和伯尔作为民主共和党候选人参选，亚当斯和平克尼作为联邦党候选人应战。完全按照党派立场投票的结果是杰弗逊和伯尔各得了 73 张选举人票，亚当斯和平克尼各得 65 和 64 张。这样一来，只好根据宪法规定，由各州在众议院以州为单位（一票）来投票，选择杰弗逊和伯尔两人中的一位为总统，另一位为副总统。此时，联

邦党人宁可把票投给精于权术、心怀叵测的伯尔，也不愿选择在他们看来属于“危险激进派”的正人君子杰弗逊。结果，杰弗逊只得了 16 个州中的 8 票，伯尔得了 6 票，均未超过半数。在接下来的一个星期内，众议院进行了 35 次无记名投票，结果都是如此。这时已是 1801 年 2 月 17 日，离新总统就职的日子只剩下了两周。最后，杰弗逊的政敌、联邦党领导人汉密尔顿表现出把国家利益置于党派利益之上的君子风度。在给他女儿的信中，杰弗逊写道：“汉密尔顿正在用他全部的影响力来保证我而不是伯尔当选。”的确如此，当时汉密尔顿就对联邦党人讲：“在这个世界上，如果我必须痛恨谁的话，那就是杰弗逊。但是，公众的利益必须超越个人的恩怨。”在他的影响下，原来投伯尔票的两个州改投杰弗逊，从而使他以 10 票当选为美国第三任总统。

由于这一教训，美国国会赶紧制定并通过了宪法第 12 条修正案，对总统的选举作了详尽的规定，非

常具体，不厌其烦，其主要的修正是在未来的选举团投票时举人必须对总统和副总统候选人分别投票。

虽然有了新的规定，但仍不能避免总统选举出现僵局。这次是在美国内战后的重建时期，与州选举人票的计算规则有关。

内战使共和党以胜利者的姿态控制了全国政治，民主党因为和南方失败的事业紧密相连，一蹶不振。共和党通过内战所获得的政治垄断地位也带来了滥用权力的腐败，重建时期的两届格兰特（Ulysse Grant，1869 - 1877）政府成为美国宪政史上最不廉洁的政府，这使民主党人有了可乘之机，来个咸鱼翻身，险些夺取了“全国政权”。在 1876 年的总统大选中，民主党候选人蒂尔顿（Samuel J.Tilden）不仅比共和党对手海斯（Rutherford B.Hayes）多获 25 万张选民票，而且还获得了 184 张选举人票，离规定的 185 票仅一步之遥。而海斯只得到了 165 张选举人票。

但是命运之神最终却选择了海斯。原来，当年的选举舞弊盛行，尤其是在重建不久的南方，共和、民主两党都大玩手脚，弄虚作假。结果，南卡罗来纳、佛罗里达、路易斯安那和俄勒冈四州竟然发来两套完全不同的选举结果报告。本来，根据宪法规定，要由作为参议院议长的副总统在两院全体会议上当众拆封，宣布总统选举结果。但现在，如果由他来决定，肯定是选择有利于自己党（共和党）的报告；如果由民主党占多数的众议院决定，那么肯定是蒂尔顿当选。于是，国会只好成立一个由 15 人组成的选举委员会（参众两院和最高法院各派 5 人），其中民主共和两党各 7 人，无党派的大法官 1 人。1877 年 3 月 2 日，离总统宣誓就职仅差两天，委员会以 8 比 7 裁定海斯获得全部四个州的选举人票，以一票之差当选为总统。

这个纠纷解决的背后实际上是笔不光彩的交易。南部以不反对海斯当选为条件，换取了后者结束重建、撤出联邦军队的承诺。海斯就职后立即下令撤离了负

责保护南部黑人选举权的联邦军队，这标志着“不仅放弃重建，而且放弃了黑人”。一位著名历史学家评论说：两党“妥协的真正受害者是南部的黑人，因为它正是以他们为牺牲品而达成的，从而使写入第 14 和第 15 条宪法修正案的各项保证的实际施行延迟了三个世代之久”。

亡羊补牢，犹未为晚。为弥补宪政上的漏洞，1887 年国会制定并通过了《选举人票计算条例》（electoral count act），规定某州的总统选举人票出现争议时，州立法机关应在选举团正式投票选举总统的前一个星期，按大选前制定的选举规则解决争议，产生该州的总统选举人名单，以免将矛盾推给联邦国会。这就是 2000 年大选计票大战中经常提到该《条例》中的“安全期”条款（safe harbor provision）。此后，美国大选再没有出现过 1876 年的情形。

二、2000 年总统大选 一波三折惊心动魄 2000

年总统大选的两位主角分别是共和党的小布什（George W.Bush）和民主党的戈尔（Al Gore）。这两位都出自政治世家，小布什的爷爷是来自缅因州（Maine）的国会参议员，老爸作过两届副总统和一届总统；戈尔的老爹则是来自田纳西州（Tennessee）的国会参议员。但就个人经历而言，小布什远比戈尔逊色。

戈尔年方 28 就当选了国会众议员，后来又当选为参议员，国会经验丰富。在担任副总统 8 年期间，他与总统克林顿（Bill Clinton）配合默契，积极参与国内外政策决策，活跃于国际外交舞台。

在戈尔当上国会议员的年龄，小布什还是公子哥儿一个，对酒的兴趣比政治大得多。只是娶了温柔贤惠的劳拉（Laura）为妻后，小布什才“改邪归正，重新做人”。32 岁那年（1978 年），他曾经尝试过竞选联邦众议员，但未能成功。此后，利用老爸的声望，他拉上几个不好驳他面子的投资伙伴，买下家乡得克

萨斯一支行将破产的棒球队，三弄两弄，愣使它起死回生，狠赚了一笔。受家庭影响，1994 年小布什决定竞选得克萨斯州长。尽管连父母都认为他获胜机会渺茫，但出乎很多人预料，小布什居然赢了，而且，在州长的位置他居然干得相当不错，连很多民主党的选民都喜欢他。1998 年，他以压倒多数获得连任，开始成为一名有全国性影响的政治家。不过，他毕竟只是一方诸侯，缺乏联邦和外交工作经验，更无国际影响，当州长八年他只就近访问过墨西哥，其他哪儿也没有去，所以很多政治观察家都不看好小布什。

美国总统竞选热闹非凡，候选人飞来飞去，到处演讲，八方拜票。但仔细观察就会发现，由于“赢家通吃”的选举方式，选战的重点都放在那些至关重要的人口大州，特别是民主共和两党势均力敌的大州。传统上，共和党在保守的南部有优势，而民主党在开明的东北部及西部的加利福尼亚占主导。2000 年总统大选时，两党的竞选战略家们发现，仅靠传统的势

力范围，他们的候选人都不足以保证大选胜利所需的538 张选举人票中的半数，因此，他们把选战的主战场确定在东北部的宾夕法尼亚、中西部的密执安和佛罗里达，特别是民主党人认为这是只能赢不能输的“铁三角”。当时一些专家预测，小布什可能赢得多数普选票，而戈尔则有可能赢得多数选举人票。

随着 2000 年大选接近尾声，这些竞选战略家们深信，这次大选可能是 1960 年肯尼迪 - 尼克松（Kennedy-Nixon）竞选以来最激烈的一次，胜负难料，而佛罗里达可能是胜负的关键。佛罗里达是全美第 4 人口大州（仅次于加利福尼亚、纽约和得克萨斯），有 25 张选举人票，谁失去佛罗里达，谁就可能失去总统宝座，因此它的每一张选票都成为争夺对象。

小布什在佛罗里达有一个得天独厚的优势，就是他的小弟杰布。布什（Jeb Bush）在佛罗里达当州长，口碑不错，此外，共和党又控制着州议会。但是，选战布阵靠本党，上场卖力还得靠亲兄弟。小布什投

入大量人力财力决心攻占佛罗里达，打破民主党的铁三角。但戈尔抓住该州南部的拉美裔居民和从东北部移居来的老年选民不放，大肆宣扬民主党的社会福利政策和老年保障主张。为此，在竞选最后几天里，小布什和戈尔几次进出佛罗里达，反复争夺，甚至在投票前几个小时戈尔还在佛罗里达发表了最后一场演说。到选举前，一些民意调查表明，戈尔略为领先小布什。事后统计发现，两党的激烈选战使佛罗里达这次大选的投票率从 1996 年大选取的 67%增加到70%. 11 月 7 日全国计票开始，小布什和戈尔互相领先，一路追逐。双方都拿下自己的“票仓”州和估计获胜州。民主党拿下了铁三角中的密执安和宾西法尼亚，如果再拿下佛罗里达，这总统宝座就非戈尔莫属了。

但问题就出在佛罗里达。大约到了东部时间（佛罗里达）晚 9 点，根据一家专门对投票后选民进行科学抽样分析的权威机构的数据，各媒体宣布戈尔拿下

了佛罗里达。消息传来，戈尔的支持者欢声一片，准备开庆祝会了。在老家得克萨斯等消息的小布什则不以为然，认为媒体的结论下得太早了。

民主党人的好景不长。10 点过几分，媒体宣布数据有误，佛罗里达是未定之州。随着点票进行，到了半夜一点，其他各州选票结果大致清楚，此时佛罗里达成了双方的生死之州。当时，笔者和一群美国研究生在南方大学中美文化研究中心熬夜盯住 CNN，等待佛罗里达的选举结果。一个美式足球迷对笔者感慨说：“这比看超级杯比赛还要扣人心弦。”

到了半夜两点（此时已是美国东部时间 8 日，星期三），CNN 宣布小布什赢了佛罗里达，从而以 271 张选举人票险胜戈尔。小布什光复失地，起死回生。此时笔者身边几位小布什的支持者感激涕零，喜不自禁，而戈尔的支持者则悲从心起。这一失一复的绞杀战，使很多年轻的政治爱好者大喜大悲。

戈尔颇为大度，按大选惯例，他打电话给小布什

承认自己败北，祝贺对手当选，表示愿意在新总统领导下为美国人民服务。“布什赢了！”的头条新闻也在报馆里开印。世界各国领袖纷纷发来贺电，争先恐后向新总统示好。戈尔打完电话后，驱车前往田纳西州议会大厦，准备公开认输。就在戈尔的车队快要到达目的地时，负责佛罗里达选举事务的州检查长（民主党人）电告戈尔：且慢承认失败，因为戈尔与小布什所得选票的差距不到 0.5%.根据佛罗里达的选举法，在这种情况下需要重新计票。绝路逢生，戈尔居然又拣回了一条命，活了过来。

马上，戈尔的竞选经理明确宣布：只要正式数据没有出来，竞选继续！于是，戈尔又打电话给小布什宣布收回认输和祝贺。小布什不敢相信这是真的，因为他正准备向近乎狂热的支持者发表接受胜利的演讲。但他还是无奈地接受了现实，并努力安抚其支持者。世界各国领袖也很尴尬，纷纷又收回了祝贺。各路电视主播熬红了眼不说，还要把泼出去的水又收回

来，承认自己这辈子从来没有遇到过这么难播的新闻。

现在，全美国甚至全世界都盯住了佛罗里达。令人难以置信，共和、民主两党这场耗资 30 亿美元的选战拼到最后，竟然是一千多张选票决定总统花落谁家。历史学家说，这是美国历史上最精彩的选举；老人们说，他们有生之年从来没有看到过这么激烈的大选；年轻人说，他们从来没有像今天这样感受到自己的一张选票会决定国家命运；好莱坞的导演说，要是剧本这么写，没有人敢相信会是真的。无论结果如何，这次选举已经让美国历史上所有的选举黯然失色，即使是失败者，也将成为历史中的传奇人物。

11 月 8 日下午，佛罗里达总算完成了 67 个县的计票工作：在大约 6 百万张选民票中，小布什赢得 2909135 张，戈尔赢得 2907351 张，其他候选人共得 139616 张，小布什仅比戈尔多得 1，784 张选民票（相当于佛罗里达选票总数的 0.0299%）！

对戈尔及其支持者来说，这一不到二千票的微小

差距充满了巨大的诱惑，他们相信，通过对选票的重新计算可能会改变选举结果。但对于小布什来说，自然不肯放弃到手胜利果实。结果，佛罗里达计票还未结束，有关选票的争执即起。更绝的是，计票纠纷引发十几桩法律诉讼案，官司一直从佛罗里达的地方法院打到联邦最高法院。

这场选举及其引起的世纪诉讼大战引发了无数的批评和评论。香港的一位著名时评家把它称之为美国大选中“最丑陋的一页”，对此，笔者曾经有一篇评论反驳道：“在这场司法大战中，人们没有看到半个月前在欧洲的南斯拉夫、在非洲的科特迪瓦总统大选中出现的两位总统候选人同时宣布自己获胜的情形以及随之而来的混乱，看到的却是对法律的尊重。即使对佛罗里达的四个县进行第二次重新计票（人工计票）不满，布什阵营也只是企图利用法律武器阻止这一做法，在法院驳回他们的请求后也未采取过激行动。如果把这种理性和法治也看作是丑陋的话，那么

这世上就没有不‘丑陋’的政治了。”（见阮次山 :《美国宪政上最丑陋的一页》,《联合早报》2000 年 11 月 14 日 ;任东来 :《美国总统大选是否 “丑陋”》,《美中周刊》2000 年 11 月 17 日。）

三、选票统计争议乍起 司法大战引人注目在美国，由于宪法规定的选举团制度，选出总统选举人的具体方式和程序属于州政府的管辖权。由于美国实行联邦制，所以各州有各自不同的选举法，而佛罗里达的选举法中恰好就有前面提到的 0.5%规定。如果候选人所得的选票差距在 0.5%，各选区（县）选举委员会必须重新机器计票一次。另外，候选人有权在选举结束后 72 小时以内提出人工重新计票（manual recount）的要求，由县选举委员会决定是否可行。该选举法还规定，在大选结束后 7 日内，各县选举委员会须将选举结果上报州务卿办公室，由州务卿将选举结果（包括大选日后 10 日内寄达的 “通讯选票”

[absentee ballots]）汇总、确认和签署，然后宣布全州的正式选举结果，从而决定本州 25 张总统选举人票的归属。

11 月 10 日，佛罗里达各县完成了机器重新计票，小布什仍然领先，但与戈尔的差距缩小为令人难以想象的 327 票！这一情形促使戈尔方面要求对棕榈滩县（Palm Beach County）等若干属于民主党势力范围的选区进行人工重新计票。人工重新计票可不是件容易的事情，因为美国各地甚至同一个州内的选票形式各异，美国各地的选票形式各异，投票方式也五花八门，从古老的选票（Paper Ballots）到旧式的打孔机（Punch Card），从光学扫描仪（Optical Scan）到最先进电脑表决器（Electronic），不一而足。其中打孔机是最普遍的一种选举机器，全美大约 31%的选民使用这一方式投票。

佛罗里达的重新计票立即就遇到了麻烦。首先是该州棕榈滩县等县打孔机所用的“蝶形选票”很成问

题。设计这张选票的是该县选举委员会的一位民主党人，为了照顾当地大量老年选民，她想把字体印得大一些，结果在一页里就印不下了，只好分列两页，成了“蝴蝶”形。这样一来，戈尔的名字和一个极端保守派改革党的候选人布坎南的名字连在了一起，稍不留神就会选错，把该在戈尔名字旁边打的孔打到了布坎南的名字旁边。棕榈滩县是民主党的重镇，结果布坎南却不可思议地得了几千张选票，面对这种结果，连他自己都感到不可思议。

其次是一些被认为是废票的选票是否重新计算、以及如何计算的问题。在正常情况下，打孔机在孔印处打孔，应该把孔印击穿，孔芯脱离选票，随后，将打了孔的选票由计算机处理，选举即算完成。但很多选民打了两个孔，由此造成至少一万九千张废票。由于大部份废票出现在被认为是民主党支持者的黑人社区，因此，民主党人自然认为，如果没有这一失误戈尔就是总统了。尽管有些选民发现自己投坏了票，

告上法庭，但法庭当然不会插手干涉，因为这里面没有丝毫违法舞弊行为，投票失误是每个选民自己的责任，民主党人只好自认倒霉。另一类被认为是废票的是“漏选票”（undervotes，即机器没有识别出是否选择任何候选人的选票），人工计票主要是决定它们的归属。漏选票的产生是选票打孔时由于种种原因造成穿孔不透或纸片残存。确定哪些漏选票有效，哪些无效，实在是件非常困难的事情。

对于佛罗里达的重新计票，小布什阵营非常不满。11 月 12 日，小布什不甘示弱，立马向佛罗里达的联邦地区法院提出紧急申请，要求法院下令立即停止人工计票，理由很简单：（1）只在部份县进行人工重新计票必然造成州内选票统计中事实上的不平等，违背了联邦宪法第 14 条修正案中平等法律保护条款（2）人工计票可能比机器计票更容易出错，其结果更不可靠；（3）局部的人工重新计票会引发全州性的重新计票，甚至导致全国性的重新计票，从而否定已有的大

选结果。但是，地区法院以人工计票属州法管辖范围、联邦法院不能随意干预为由拒绝了小布什方面的要求。小布什方面于是决定向在亚特兰大的联邦巡回上诉法院提出上诉。16 日，该院以同样理由驳回他们的要求。与此同时，共和党人也开始主动出击。州务卿、共和党人哈里斯(Katherine Harris)女士宣布，11 月 14 后(大选日后第 7 天)是各县上报选举结果的最后期限，逾时概不接受。

哈里斯依法办事，民主党人却难以接受，因为棕榈滩等县人工计票刚刚开始，不可能在法定的计票期内完成人工计票。民主党控制的棕榈滩等县向州法院提出紧急请求，要求给予宽限。失败后，它们上诉到佛罗里达最高法院，要求阻止哈里斯在法院判决之前签署任何选举结果。此举终于成功。但州最高法院判决的党派色彩非常明显，因为 7 名大法官中有 6 名是由民主党人州长提名和任命的。

11 月 20 日，佛罗里达最高法院开庭。法庭辩论

主要集中在两个问题上：(1)县选举委员会是否可以决定进行人工重新计票？（2）州务卿是否有权拒绝逾期上报的计票结果？

戈尔阵营的律师认为，人工重新计票旨在保证选票统计的准确性，尊重和保护公民的政治民主权利，因此，州务卿哈里斯无权拒绝接受人工计票的结果。

共和党方面则回应说，州务卿依照法律和程序办事，忠于法律和职守。州最高法院对此没有司法管辖权。

从根本上说，双方争执的关键在于，如果尊重和保护公民的民主权利高于一切，那就应当不惜任何代价重新精确计票，或者干脆重新投票——只要符合民主原则，在竞赛过程中也可以改变规则和程序。另一方面，如果宪政法治的正当程序和共和原则至高无上，那么在尊重民意的基础上应当注重对多数人的权力予以严格限制，在选举和计票过程中，任何人都不能以民主或民意为理由轻易改变竞赛规则。

11 月 21 日，佛罗里达最高法院以 7 比 0 的表决作出两项裁决：首先，如果机器计票和抽样人工计票的结果出现差异，县选举委员会有权进行人工重新计票；其次，州务卿的确有权拒绝逾期报来的计票结果，但这一权力不是绝对的，而是有条件的，因为选举权是州宪法保障的最重要的公民权利，是其他公众自由的基础，必须得到尊重和保障，“技术性法律规定不能凌驾于选举权的实质内容之上”（technical statutory requirements must not be exalted over the substance of the right）。为此，它宣布：棕榈滩等县可以继续进行人工计票，但计票结果必须在 5 日内（11 月 26 日下午 5 时前）上报给州务卿，后者必须将这些结果包括在州大选的最后结果中。（在有关州务卿可否接受逾时报来的选举结果问题上，佛罗里达的选举法的规定不够清楚。该法第 102.111 条称：如果某县逾时没有送报选举结果，该县的选举结果“将被忽略不计”[shall be ignored].

但在第 102.112 条中，对同一问题州法又使用了“可被忽略不计”[may be ignored]的字眼。到底应该以哪一条为准？州务卿哈里斯和戈尔方面各执一词。为此，州最高法院明显感到裁决这一相互矛盾规定的困难，但因其“不愿意改写州选举法”，它只能诉诸于“启用法院的衡平法权力[equitable powers]来提供一个补救性措施”，并据此作出了上述的决定。布什方面则认为这项决定不正当地超越了法院的权限范围。Opinion of Palm Beach County Canvassing Board v.Harris， Volusia County v.Harris， and Florida Democratic Party v.Harris， （Case Nos.SC00-2346， SC002348，SC00-2349 in Florida Supreme Court，November 21，2000）。转引自王希：《2000 年美国总统大选述评》，《美国研究》2001 年第 1 期。）

针对这一判决，当代美国最有影响的法学家、联邦第七上诉法院法官波斯纳（Richard A. Posner）

批评说：它是引发大选案几乎不可收拾的关键性失策（one critical misstep），因为“它剥夺了州法赋予州务卿的自由裁量权，从而侵犯了立法部门确立选择总统选举人规则的专有权力”。

佛罗里达最高法院的裁决显然是民主党方面一个重要的胜利，但他们可能高兴得太早了，要在5天内完成几十万张选票的人工统计谈何容易！人工计票的第二天，一桶冷水就当头泼向了民主党人。11月23日，四个进行人工计票县（另外两个县分别是Volusia和Broward）中的一个迈阿密-戴得（Miami-Dade）县选举委员会突然决定：他们将停止人工重新计票，因为无法在5日内完成该县的人工计票工作。对此，民主党方面立即向佛罗里达最高法院提出紧急申请，要其下令该县立即恢复人工重新计票。但这一次他们未能如愿以偿。

11月26日下午5时是人工重新计票的截止时间，只有一个县完成了人工重新计票。当晚，州务卿哈里

斯正式签署了佛罗里达选举的结果：小布什赢得2912790 票，戈尔赢得 2912253 票，小布什以 537 票领先。哈里斯拒绝了迈阿密-戴得和棕榈滩两县的人工计票结果（戈尔在两县分别净增选票 168 张和 215 张），理由是前者报来的只是部份统计结果，后者则超过了截止时间——尽管仅仅晚了几个小时。对民主党来说这几乎是一张死刑裁决书。

但戈尔阵营决不服输，次日，他们向佛罗里达巡回法院提出紧急请求，要求下令哈里斯接受上述两县人工计票的结果，并命令迈阿密-戴得县完成人工计票。12 月 3 和 4 日，法院作出了不利于戈尔的决定：下令两县将有争议的选票运到法院备查，但没有同意恢复迈阿密-戴得县的人工计票。

四、最高法院出手 大选尘埃落定当戈尔方面还在为维持人工计票而苦苦挣扎时，小布什阵营却采取孤注一掷的战略，向联邦最高法院提出上诉，要求审

查 21 日佛罗里达高院决定的合法性。这对民主党人无疑是釜底抽薪。24 日，最高法院宣布接受这一案件，决定在 12 月 1 日开庭。这样，人们的眼光便从佛罗里达转向了华盛顿特区的最高法院。

在法庭上，小布什方面称，根据美国宪法和 1887 年《选举人票计算条例》，州议会有权决定各州总统选举人产生的方式，在选票出现纠纷时应按大选前制定的法律解决。而现在，佛罗里达最高法院的决定却改变了原定的计票程序和时间表，不仅违反了 1887 年的《选举人票计算条例》，而且也违反了宪法第 14 条修正案中的正当程序的原则（即未经正当法律程序，各州不能剥夺公民享有的联邦权利）。

戈尔的律师反驳说，人工计票是佛罗里达选举法认可的一项正常计票程序，旨在获得一个公正的结果。由于州选举法的有关规定语焉不详，造成理解上的差异和运用中的矛盾，为此，州最高法院有权对其进行解释，这种做法既没有损害州法和公民的权利，也不

违反正当的法律程序，所以不存在州法院越权的问题，最高法院不应干预。

三天后（12 月 4 日），联邦最高法院以 9 比 0 作出判决。它对戈尔和小布什的分歧不置可否，只以州最高法院没有说明其决定的法律基础、也没有论及它与联邦相关法律之间的关系为理由“搁置”（vacate）了佛罗里达最高法院的判决，并将“案件发回”（remand）。

联邦最高法院虽未作出直接裁定，但这一决定至少表明它拥有干预的权力。

就在同一天，佛罗里达的巡回法院也对戈尔方面的上诉作出了判决，结果却令民主党人大失所望。法院认为，戈尔方面缺少足够的具体证据说明人工计票有可能改变现有的选举结果，州法中也没有规定州务卿必须接受不完整的计票结果，所以，法庭不能强迫迈阿密-戴得县恢复人工计票，也不能否决州务卿哈里斯已签署的选举结果。

显然，选票争执的天平开始摆向共和党。但戈尔仍然不放弃最后的一线生机，再次寄希望于佛罗里达最高法院的干预。

12 月 8 日，佛罗里达最高法院以 4 比 3 票的票数部份推翻了巡回法院的决定，明确棕榈滩县的计票结果和迈阿密-戴得县不完整的计票结果都应该包括在最终的统计结果（这使戈尔与小布什的差距缩小到 154 票！)，并下令在全州范围内（总共 63 个县，除已经完成人工计票的三个县外）人工统计大约 6 万张漏选票，但并没有确定何为漏选票的标准。

显然，这一作法是为了减少对部份地区人工计票不公的批评，给予戈尔一个最后的机会。这一做法的党派倾向非常明显，实际上是无视联邦最高法院的意见。小布什方面企能善罢甘休，遂向联邦最高法院提出紧急上诉。

12 月 9 日上午，在佛罗里达各县刚开始人工统计漏选票两小时以后，最高法院接受了小布什阵营的

上诉请求，发出了紧急命令，要求佛罗里达立即停止人工计票，宣布 12 月 11 日再次举行法庭辩论，并将此案正式定名为布什诉戈尔案（Bush v.Gore）。这一紧急命令是以 5 比 4 票的表决结果作出的，保守和开明两派大法官的立场泾渭分明。赞成停止计票的 5 名法官中，除首席大法官伦奎斯特（William Rehnquist，1972－1986 年为大法官，1986 年起首席大法官）、大法官斯卡利亚（Antonin Scalia，1986 年起任职）和托马斯（Clarence Thomas，1991 年起任职）3 位著名的保守派之外，还有中间偏保守的肯尼迪（Anthony Kennedy，1988 年起任职）和奥康纳（Sandra Day O'Connor，1981 年起任职）。反对停止计票的大法官是史蒂文斯（Paul Stevens，1975 年起任职）、布雷耶（Stephen Breyer，1994 年起任职）、金斯伯格（Ruth Ginsburg，1993 年起任职）和苏特（David Souter，1990 年起任职）。

在 12 月 11 日的庭辩中，小布什方面的律师主

要强调两点：其一，佛罗里达最高法院下令对有争议选票进行人工计票并由巡回法院来制定计票标准的决定，违反了宪法第 2 条总统选举人产生条款和 1887 年《选举人票计算条例》的“安全港”条款；其二，缺少统一标准人工重新计票（standardless manual recounts）违反了宪法第 14 条修正案的平等法律保护和正当程序条款。戈尔阵营的律师则强调，佛罗里达最高法院的决定是对佛罗里达选举法的合理解释，它没有制定新的法律，只是补救选举中出现的问题，联邦最高法院应该尊重州法院的判决。

显然，布什诉戈尔案主要涉及到以下几个内容：（1）对联邦及州选举法规的解释；(2）美国总统的选举程序；(3）州司法机关在有争议的选举中有关的司法行为。换句话说，它涉及到了最高法院对州及联邦各级政府行为的审查。应该说，这些都是最高法院司法审查的范围。

次日晚，在万众瞩目中，最高法院以与 9 日下达

紧急命令时完全一样的5比4一票之差作出了最后裁定："推翻佛罗里达最高法院命令继续人工计票的决定。"（与通常的法院意见[opinion of the court]表述不同，这里的法院意见是 Per Curiam Opinion，它一般用于案情简单且紧迫的案件，其判决相对简单，无需对法院决定的理由作深入展开的总结，也不要求法官在决定上签名。）

最高法院多数意见认为，佛罗里达高院的判决存在宪法问题，违反了平等法律保护条款，必须给予上诉一方（小布什阵营）以补救。多数派法官作出裁决的主要理由如下：（1）一旦州法律授予州居民有权选举总统选举人，这一选举权就成为一项基本的宪法权利；（2）如果州政府的行为损害了这一基本权利，联邦法院应对这些行为进行严格的司法审查；（3）在本案中，佛罗里达的法律以及州法院均没有给出一个明确的标准，说明应当如何进行第二次重新（手工）计票，并且确保每一投票均能以一种平等的方式公平、

准确地统计;(4)因此,第二次重新计票,即手工计票,违反了宪法第 14 条修正案所要求的平等保护以及为正当程序所要求的公正对待每一个投票者的条款。

最高法院的决定使戈尔失去了最后一根救命的稻草。12 月 13 日晚,戈尔向小布什承认失败,并发表了颇为感人的电视讲话。虽然戈尔不失幽默地说,他已经又给小布什打了一通祝贺电话,这回不会再次收回祝贺了,但从戈尔发表这一讲话时并不轻松的面部表情和略带颤音的声调中,人们很容易感受到他此刻复杂的心情,难免对他抱有深深的同情。是啊,在经历近两年的精心准备、近一年的艰苦竞选特别是大选日后 36 天苦苦的挣扎和前途不定的痛苦等待之后,在领先对手 53 万余张普选票的情况下,仅仅因为佛罗里达几百张选票而与白宫失之交臂,这对任何政客来说都是非常痛苦的。要接受失败的结果,的确需要相当的勇气。

美国的总统竞选很像一场重要的体育比赛，要经历预赛（争取两党总统候选人提名的预选）、复赛（全国党代表大会正式提名）和决赛（两党候选人竞选）的漫长过程，但较体育比赛更为残酷的是，它只有冠军而没有亚军的位置。戈尔能够平静地虽不是情愿地接受失败的结果，并在认输讲话中表现出君子风度，应该说是“虽败犹荣”。

这样，持续36天的选后诉讼正式结束。36这个数字恰好也是 200 年前那次总统选举僵局中众议院投票的次数。笔者在当时的一篇时事评论中写到：“200年前的36次投票，200年后36天的等待，最终都是以政治家放弃党派成见、置国家利益于第一位而解决了总统产生的僵局，由此可见，在我们诟病美国选举政治和党派政治弱点的同时，我们也应该看到美国政治生活中存在着一股世界上很多国家都缺乏的那种强大的凝聚力，这就是戈尔希望他的支持者时刻牢记的名言：”我们都属于一个民族，有着共同

的历史和共同的命运。‘“2001 年 1 月 6 日，107 届国会开幕。非常残酷的是，戈尔以参议院议长的身份宣读他在内心中并不承认的大选结果：在选举团的 538 张选举人票中，小布什和切尼赢得 271 张，戈尔和利伯曼赢得 266 张。在全国范围内，小布什共得民选票 50456141 张（占总票数的 47.87%），戈尔共得民选票 50996039 张(占总票数的 48.38%)，小布什比戈尔少了约 53 万张左右普选票，成为继 1888 年哈里森之后又一位少数票总统。英国《经济学家》（the economist）杂志以”偶然胜出的总统“为题评论说：现代政治史上”极少出现过以如此微弱的胜利赋予某人以如此巨大的权力“。

五、民主与法治的平衡 一个永恒的难题美国最高法院多数派的裁决受到了自由派的广泛批评和质疑。有人嘲笑说，5 位保守派大法官在这次总统选举中投了小布什两次票：一次在 11 月大选中，一次在

12 月的裁决中。批评主要集中在司法对政治的干预和对民主原则的违反。

在美国，选举问题是一个政治问题，而根据美国“伟大的首席大法官”马歇尔留下的宪政遗产，法院一般不应介入政治问题。但人民的选举权乃是人民的一项根本的宪法权利，当整个问题涉及人民的选举权时，法院是否应该介入？如果按照沃伦法院在著名的贝克诉卡尔案（Baker v.Carr）中确立的先例，介入似乎理所应当。（最高法院在该案中裁定，各州议员选区划分中的代表性不平衡问题不仅仅是政治问题，也是公民宪法权利的平等保护的法律问题，因此法院有权干预。）但问题是，伦奎斯特法院一向以保守著称，奉行司法克制哲学，它的介入难免有党派倾向之嫌，有损司法独立的美名，因此，有论者甚至认为这次大选“开创了由联邦最高法院裁决总统大选争议的先例，打破了美国宪政中三权分立的神话”。

这个评论可能过于绝对，因为这里涉及到一个判

断标准的问题。抛开党派政治因素不谈，如果认为 60 年代沃伦法院对贝克案的判决是正当的司法干预，有助于美国民主制度完善，那么同样道理，也很难说大选案不是正当的司法干预、不有助于美国大选政治的稳定，因为按传统的标准，两者分别涉及州议员的选区和总统选举的地方选票问题，都是不适合联邦司法解决的地方政治问题，因此不能因为是开明派的干预就说是正当，保守派的干预就是越权。（据盖洛普民意调查显示，在审理布什诉戈尔案之前，超过 70%的被访问者[包括小布什和戈尔阵营的人]认为最高法院是解决选举纠纷最值得信赖的机构，并且能够对案件作出公平判决。最高法院判决后第二天的一项民意测验显示，80%的民众准备接受小布什为他们的总统。）

同样需要指出的是，仅就形式而言也是五十步笑一百步，半斤八两，因为佛罗里达最高法院人工计票决定在先，联邦最高法院的裁决在后。一位美国教授

的评论可谓一针见血：最高法院的“非法”不过是对佛罗里达高院“非法”的反击。如果在原则上认可佛罗里达高院司法干预的合法性，就很难不赞成联邦最高法院干预的合理性，因为总统选举人的产生显然与宪法及联邦法律密切相关。（国内知名美国宪政学者张千帆教授也认为：“因此，问题并不在于法院是否应该干预，而是究竟哪个法院应该干预，并且其决定应被作为最终决定而获得尊重。”他认为佛罗里达高院比最高法院更适合。摘自《论美国总统大选的宪政问题》，原载《中外法学》，2001年第4期第415页。）唯一可以指责的是，伦奎斯特法院一向保守，主张限制联邦权力，强调限制平等保护条款的适用范围，突出保护各州的权力，而它在大选案上的态度有悖它的基本司法理念。

在这次选举纠纷处理过程中，政治化倾向显而易见。州务卿哈里斯（哈里斯本人同时还是共和党在佛罗里达竞选委员会的两主席之一，因为这次选票争议，

她一时成为全国性人物，在 2002 年美国国会选举中顺利当选为众议院议员)与棕榈滩等县选举委员会之间的选举法权限之争，佛罗里达最高法院对哈里斯决定的两次否定，联邦最高法院决定的泾渭分明，都显示出党派意志的较量。为此，《纽约时报》(New York Times ）的著名外交专栏作者托马斯。弗里德曼（ Thomas L.Friedman ）甚至表示："戈尔先生（ Mr.Gore ）为美国人民挨了一枪子儿。这打在美国人民胸口的一枪是最高法院的 5 位保守派大法官放的，他们出于政治的动机裁定布什为总统。"不过，所有这些政治较量都限于对法律的不同理解和法律漏洞的利用，基本上没有背离法律本身。讨论这一司法大战在多大程度上是一种纯粹的法律之争，在多大程度上是一种党派之争，并没有多少实际意义。

如果我们接受丘吉尔的看法，承认民主只是与独裁之间选择中的一种"两害之间取其轻"的制度的话，那么，我们似乎同样也应该接受哈佛大学法学教授尤

格（Robert Mangabeira Unger）的见解："就所涉及的社会方方面面而言，与人寿保险和自由主义本身一样，法治只是从恶劣环境中寻求的最佳结果"，因此，实在没有必要把法治理想化。司法独立应该理解为一种制度上的独立，即不依赖于任何其他政府部门或党派而存在，理解为对法律的忠诚而非党派政治的顺从。法官并不完全是"众人皆醉我独醒"的超凡脱俗之辈，法院也不可能是不食人间烟火、不受各种思潮观念渗透和影响的孤立存在。不同的法官有不同的政治哲学，它们构成了其理解和解释法律的基本框架。完全客观中立的法官只存在于书生的法律王国之中。

那么，联邦最高法院多数派"迫不及待地介入此案"的作法是不是"打破了自己传统的保守主义立场"？他们的决定是不是"不言而喻"的"政治性决定"呢？似乎很难十分肯定，这从判决书中五花八门的意见中可窥一斑。这个判决书一共分成六个部门，一个多数意见，一个附合意见，四个不同意见，其中只有一个

是三位大法官一致同意，其余三个不同意见都是双重异议。

裁定佛罗里达高院的做法违宪的是 7 名大法官，其中包括两位开明派大法官布雷耶和苏特。他们认为，佛罗里达人工重新计票一案的确涉及了联邦宪法和联邦法律问题，宪法明确规定由各州议会制定产生总统选举人的方式和程序，并给予选民的投票权以及行使方式以平等的法律保护。由于佛罗里达最高法院的判决未能提供一个“符合联邦宪法最低要求的”统一的计票标准，同样的选票会得到“不平等的衡量”。这里的问题不是人工计票是否可以拖延，而是人工计票的不同标准是否损害宪法的平等法律保护原则。但这一理由在自由派批评家看来非常荒唐可笑，因为佛罗里达一共有 67 个县，有着不同的投票形式，根本不可能存在着统一的计票标准，只能是根据各县不同的选票形式和投票方式来决定选票是否有效。

需要特别指出的是，最高法院裁决本身并没有下

令停止人工计票。像美国任何一个上诉法院一样，最高法院只专注于原审法院作出判决的方式是否符合法定程序或联邦宪法和法律，从而保证审判没有法律上的错误，因此，它只是将案件发回，要求佛罗里达高院重审，并作出与最高法院法院意见相符合的决定。显然，这是根本不可能的，因为它作出判决的时间（12日晚上10点）离它认为合法的选票统计截至时间（12日）只剩下两个小时，这实际上断绝了佛罗里达高院采取任何补救行动的可能性，也断绝了戈尔的最终希望。这种做法似有“不诚实”（intellectual dishonesty）之嫌，但却是最高法院的唯一选择，因为它可以辩称，它只是对法律程序而非总统选举问题作出了其权限范围内的判决。此外，确认12月12日为截止日期的并不是最高法院，而是佛罗里达议会根据联邦有关法律制订的选举法确定的。

布雷耶和苏特两位自由派大法官虽然在人工计票案具有宪法性的问题上与多数派站在一起，但他们

认为联邦最高法院不必死守 12 月 12 日截至时间，而应该允许佛罗里达建立统一的计票标准，并在 12 月 18 日选举团投票前完成人工计票即可。他们的这一异议得到了史蒂文斯和金斯伯格两位大法官的部份同意。

真正一致的异议是由史蒂文斯大法官提出，布雷耶和金斯伯格大法官加入。针对多数派大法官的说法——佛罗里达高院的决定改写了佛罗里达的法律，史蒂文斯认为佛罗里达高院的决定不过是解读州立法机构的立法。更重要的是，美国宪政实践的传统一向是，在涉及州法的含义时州最高法院的有关决定是最终裁决，因此联邦最高法院不应介入。在结论中，他甚至上纲上线道："法治的真正支柱在于对执法者的信心。时间会有一天愈合今天的判决给这一信心所造成的伤害。但是，有一点是肯定：我们或许永远无法百分之百地确定，到底谁才是今年总统选举的赢家，但确定输家却显而易见，那就是这个国家对法官作为

法治无私的守护神的信心。”（值得注意的是，史蒂文斯是共和党人福特总统任命的，一向被认为是倾向共和党的保守派，但这次却成为坚决反对最高法院决定的异议者。显然，保守派和开明派的分类并不十分准确，同时也说明指责最高法院这一决定完全受党派利益支配，根据并不充份。）史蒂文斯和金斯伯格的异议主要强调不应该质疑佛罗里达高院对州法的解释，它并没有改写法律。

在所有的异议中，以布雷耶大法官的异议最为突出，因为他从根本上认为这是个政治问题，具有不可司法性。由此看来，除了布雷耶外，其余的大法官都认为佛罗里达选票争议是可以由司法管辖的，分歧只在于是由州还是由联邦司法管辖。

尽管最高法院最终进行了干预，但实际上这一干预相当勉强。在法院意见书的结尾部份多数派大法官不得不这样表白：“没有人比本法院的成员更明了司法权的根本限制（the vital limits），在尊重宪法的设

计——通过他们的立法机关让人民并由政治来选择总统——方面没有人比本院更坚定。但是，当诉讼双方启用诉讼程序后，我们就必须处理诉讼中的联邦以及宪法问题，这是我们义不容辞的责任。”

很难说保守派大法官因为党派利益改变了他们司法克制观念。因为，正是通常被认为是保守派的三位大法官强调，应由佛罗里达议会而不是州最高法院处理整个选举事宜。他们还指责州最高法院在审理整个案子时不是在解释州法，而是在重新创制州法。首席大法官伦奎斯特、大法官斯卡利亚和汤马斯 3 人在支持裁决的附加意见中指出：按照佛罗里达法律，只有那些标记清楚的选票才是有效票，而佛罗里达最高法院允许人工计算标记不清选票的作法违反了佛罗里达的立法。本来。这虽然只涉及到佛罗里达内部的分权问题，但本案涉及的却是总统选举这一事关联邦的大事，属于宪法第 2 条规定的内容。因此，他们才不厌其烦地从法理上说明，在选票汇总上报的截至日

期和所谓“合法选票”（legal voter）问题上佛罗里达最高法院如何违反了佛罗里达有关选举的法律和宪法第 2 条。其次，从技术可行性上说，要在 12 日之前完成重新计票是根本不可能的。

在判决意见书中，需要特别注意的是布雷耶大法官的异议。通过对总统选举问题的宪法史考察，他强调，布什诉戈尔案涉及的是一个不可司法的政治问题，因为“美国宪法的制定者和（制订 1887《总统选举人条例》的）1886 年国会作出的决定，都是尽可能地减少最高法院在解决总统选举难题上的作用，这既明确又明智。对国会来说，解决选举纠纷难题可能是非常棘手和困难，但是，作为一个政治机构，它比非民选的最高法院更准确地表达了人民的意愿，而人民的意愿正是选举的意义所在。”在结论中布雷耶写道：“我担心，为使这一久拖不决的、令人烦恼的选举过程有一个明确的结果，我们没能充分注意到有必要‘制衡我们自身权力的行使’，‘我们自我约束意识’”。

他还援引著名大法官布兰代斯（Louis D.Brandeis）关于司法克制的名言："我们要做的最重要的事是什么都不要做。"（The most important thing we do is not doing）他认为"最高法院今天所做的其实并不应该做"。布雷耶的看法是最高法院应当进行自我约束，驳回案件而不触及其实质问题。应该说，布雷耶的观点有相当强的合理性和理论上的说服力。

此外，还有一个利益冲突是否应该回避的问题。其背景原因是，已有几位最高法官大法官表示近期将退休，这意味着不论谁上台，新任总统都会提名自己信任的人选出任大法官。而大法官自身，不论是开明派还是保守派，当然都希望有志同道合的同僚，这样一来，他们在大选案中就与自己的这一利益搅和在一起，这很可能是保守和开明两派如此泾渭分明的一个主要原因。所以，从利益回避的角度来看，最高法院似乎也不应该接这个案子。（自由派批评家还指出，大法官斯卡利亚的儿子工作的律师事务所恰好是替

小布什在最高法院辩护的那一家，而大法官托马斯的太太则在著名的保守派思想库传统基金会[heritage foundation]工作，负责为小布什政府特色合适的官员人选。）

可是，为什么这些观点曲高和寡、无人喝彩呢？这就是现实政治在起作用。俗话说国不可一日无君，“民主”的美国也同样如此。如果让民选的州议会或国会来决定总统人选，如果每一张选票都要由人工重新精确统计，这样的话要折腾到何年何月？在宪政危机的压力面前，民主的逻辑难免显得有些苍白无力。有人评论说：“从宪政秩序的角度来看，最高法院可能帮了国家的大忙；从法律推理来看，最高法院的这个决定很糟。一句话，最高法院的决定产生了秩序，却没有法律。（the Court's decision produced order without law）”因此，你可以说布什诉戈尔案的裁决是一个糟糕透顶的司法判例，极大地损害了司法部门公正独立的形象；你也可以说最高法院果断介

入计票争端，成功地化解了一场因总统难产导致的宪政危机；你可以说每一张选票都代表了民众的心声，停止重新计票实际上等于忽视了民主原则；你也可以说遵循宪政法治的规则和程序比“顺从民意”更为重要，共和制比民主制更为根本。对此，主要看评论者的个人偏好，是一个见仁见智的问题。但有一点可以肯定，这场司法大战着实让世人看到了美国民主的成就与局限、美国法治的成功与遗憾。

此外，在这场世纪大案的裁决过程中，大法官之间不同意见畅所欲言、激烈交锋，让人们领略了美国法治的华彩篇章。一位中国学者虽然对美国最高法院的判决略有微辞，但仍然赞扬道：“我们看到一个独立与公正的司法机构对于保证民主选举的完整与可靠是至关重要的，而司法公正的重要保障即在于司法程序本身必须是一个自由、平等与公开的说理过程，其中每个法官（不论是几”品“，有没有官衔）都可以不受压制、毫无顾忌地表达自己对宪法与法律的观

点，而他（她）的任何法律意见——无论是多么智慧或荒谬——也都将受到法学界同行、学者乃至整个社会与历史的无情检验。”

经历了 36 天的诉讼大战后，戈尔在承认败选的演说中所表现的君子风度和对宪法法治的尊重让人们再一次领略了美国法治的精彩和无奈。他说：“现在最高法院已经说话。尽管我不同意法院的判决，但我接受它。”这句话充份显示出最高法院在美国人心目中至高无上的权威地位：它作出的判决可能会出错，可能会不被失败者内心认可，但却会被无条件地接受。

针对戈尔的认输讲话，《纽约时报》专栏作者托马斯。弗里德曼有精彩的评论。尽管他认为最高法院的判决带有政治倾向，但他却深信，美利坚民族对宪政法治的信仰是美国强大的关键，因为“判决的失败者接受法治以及法治背后的制度为最终的、合法的原则”，“只有通过这种方式，只有当我们重申我们对法律制度的忠诚，甚至即使它对我们不利时，制度才能

长存、改进并在失误中总结教训”。弗里德曼认为，美国成功的秘密不在于华尔街，也不在于硅谷；不在于空军，也不在于海军；不在于言论自由，也不在于自由市场。真正的秘密在于长盛不衰的法治及其背后的制度。正是这种制度使每一个人可以充份发展而不论是谁在掌权。美国真正强大的力量，在于“我们所继承的良好的法律与制度体系——有人说 ,这是一种由天才们设计使蠢才们可以运作的体系。”

弗里德曼的评论赞扬了美国法治的精彩 ,但却回避了美国制度中的非民主成份。这次大选使美国选举制度中的几个不够民主的问题暴露无遗 :正是选举人制和赢家通知的原则，致使戈尔在领先对手 50 多万张选民票的情况下功亏一篑 ;而正是由于非民选的最高法院而不是民选的国会的干预 ,戈尔失去了最后的一根救命稻草。因此，一个根本性的问题是，这一在 200 多年前因为妥协而形成的总统选举人（选举院）制度是否仍然适合今天的美国社会？很显然 ,如果没

有选举人制，就不会有这场惊天动地的选举诉讼大战。这一制度的不民主成份（来自小州的选举人的代表性远远不及来自大州的选举人）显然与今天很多美国人所信奉的民主观念格格不入，而赢家通吃的选举原则也远非欧洲大陆比例代表制那样公平。但因为选举人制有利于小州，赢家通吃则有利于两大党轮流执政，不让第三党在全国范围内有任何可能的成功机会，这些问题在美国目前的政治框架中根本没有改革的可能性。一百多年来，有关废除或修改选举人制的方案和法案成百上千，但皆无一例外胎死腹中。虽然有严重的问题，但美国的总统选举制度却依然充满活力，长盛不衰，就如同参加一场极具魅力的体育比赛一样。显然，对于任何一种政治制度而言，重要的不是完美无缺，而是经久耐用，符合国情民意。多少具有讽刺意味的是，并不相信民主万能、也没有对其选举制度进行“民主改革”的美国政府却不遗余力地在世界各地倡导和推动民主！

另就程序问题即投票的方式而言，美国的总统选举制度也存在很多不公正的地方。在美国，选举完全是地方的事务，富裕的县可以不断更新其投票设备，尽可能减少误差，贫穷的县却没有办法做到这一点，投票设备陈旧，容易出错。因此，投票方式的差别实际上反映了经济上的贫富差别所带来的政治表达权益的差别。以打孔机和光学扫描仪为例，用前者投票，其出错而无效的机率比后者高三倍。而民主的程序则要求所有合格的选民应该有平等的投票条件和环境，他们的选票也应该得到同样的准确统计。

因此，人们不禁要问，不论从内容还是从程序而言，当美国人连自己国家的选举制度都没有办法民主化时，它还能成为一个有意义的民主的榜样和民主价值的倡导者吗？

第二十八章

美国政府为何总跟微软过不去？

——美国诉微软案（2001）

美国政府和 19 个州联合起诉微软公司一案（United States v.Microsoft Corp）是 20 世纪美国最大的反垄断诉讼，举世瞩目，毁誉参半。这是一场涉及现代科技、市场机制、法律制度和政府反垄断政策的司法大战，案情空前复杂。尽管微软最终免遭分拆，逃过一劫，但这场官司涉及到的诸多复杂问题仍然值得思索和探讨。

一、政府适度干预的理论假设可能有人会纳闷，比尔。盖茨（Bill Gates）白手起家创业，既无政府资助，又无特许专营权，凭本事研制出视窗

（Windows）操作系统和应用软件，缔造了一个成就非凡的软件帝国，使电脑从当年深奥莫测的庞然大物变成今日寻常百姓家中的必备工具，使微软成为推动美国“新经济”增长和高科技股市腾飞的火车头之一。对这种国家级“有突出贡献”的企业家和私营企业，政府不但不表彰奖励，树立个“信息业学微软”之类的典型，反而却恐吓打压，甚至放话要把微软一刀两断。美国政府是不是吃饱了撑的？再说了，在市场经济体制下，政府到底凭啥瞎插手市场竞争和高科技企业之间掐架的事儿呢？

多年来，美国的一些思想库和智囊团一直热衷于向俄罗斯和中国的学术精英兜售那种彻底取消政府干预、实行自由放任市场经济的灵丹妙药，但其实，那只是“空想资本主义”的神话。诺贝尔经济学奖得主、曾任世界银行副行长的美国经济学家斯蒂格利茨（Joseph E.Stiglitz）有句名言：“亚当。斯密看不见的手，就是皇帝的新衣。之所以看不见，是因为本来

就不存在。”（转引自崔之元著：《“看不见的手”范式的悖论》，北京经济科学出版社，1999，第 16 页。）这道理很简单，假设最初人为地设置了一个完全公正平等的市场竞争环境，但要不了多久，优胜劣汰的市场规律就将起作用而消灭自由竞争，形成垄断竞争和寡头垄断。换句话说，资本为了谋求最高利润，天生具有垄断的倾向。这样，当“市场失灵”时，政府的适度干预和调控显然具有一定的必要性。

理想化的政府宏观调控政策，应当是一方面鼓励自由竞争，优胜劣汰，企业兼并，形成具有强大竞争力的规模经济；一方面又要挥舞反垄断大棒，惩罚那些滥用垄断力量阻碍竞争的企业，维持一个相对公平的市场竞争环境。市场经济的核心就是竞争，没有竞争市场就会失去活力，而反垄断法规则是市场经济的坚强后盾。当然，这种理想化的政府宏观调控政策和反垄断法规只是一种纯粹理论上的假设。

美国的反垄断法早在 100 多年前就已出台，要

是细抠日子，那还是在革命导师列宁做出帝国主义必然走向垄断和腐朽的著名论断之前。19 世纪末，美国社会正处在马克。吐温笔下那种经济繁荣、世风日下、政治腐败的“镀金时代”，随着全国性铁路网以及电报和电话通讯系统的建成，市场竞争已彻底打破地域限制，一些大公司掠夺成性，不择手段，在商业竞争中无所不用其极，迅速发展为富可敌国的超级托拉斯垄断集团。与此同时，无数中、小型企业遭到被挤垮或被兼并的命运。

美国公众对托拉斯垄断集团降价倾销、操纵市场、大鱼吃小鱼等商业招术以及垄断集团用金钱左右政治的腐败现象深感不安。在历来讲究分权和制衡的政治文化环境中，美国人对任何单一的、难以挑战的权势都具有先天的戒备和疑虑，必欲除之而后快。为了抑制垄断豪强的势力，维护市场经济和民主政治的规矩，保障消费者的合法权益，在美国社会各界的强烈呼吁和压力下，美国国会于 1890 年以一票之差通过

了《谢尔曼反垄断法》（Sherman Antitrust Act of 1890）。此法案因由参议院共和党参议员约翰。谢尔曼（John Sherman）牵头而得名。

谢尔曼反垄断法的第一部份禁止企业以托拉斯的形式联合起来施行贸易限制，第二部份禁止企业的垄断行为和垄断企图。美国国会后来又先后通过了克莱顿法（Clayton Act）、罗宾逊-帕特曼法（Robinson-Patman Act）等一系列反垄断法规，禁止有可能形成垄断的兼并和收购行为，禁止使用价格歧视手段挤垮竞争对手，禁止不公平的竞争方法或欺诈性行为。

可是，究竟什么是垄断行为？什么是不公平的竞争方法？什么是欺诈性行为？为啥一家企业仅有垄断企图但尚无垄断行为也会受到起诉？对于这些复杂的经济和法律问题，联邦法院和国会也是一脑门子浆糊。一百多年来，美国最高法院的判例和国会通过的反垄断法规从未对这些问题给过一个清晰明确、令

人满意的定义和解释。对此，美国联邦储备委员会总裁格林斯潘（Alan Greenspan）曾经毫不客气地直言：“这个国家的整套反垄断法规，是混乱和无知的大杂烩。”

反垄断法规究竟是不是“混乱和无知的大杂烩”，那是立法部门的事，执法和司法部门可管不了那么多，反正该出手时就出手。第一个撞到反垄断法枪口上的著名大垄断公司是曾在全球石油工业领域不可一世的标准石油公司（Standard Oil，俗称美孚石油公司，属于洛克菲勒财团）。1911年，联邦政府控告标准石油公司垄断石油业，石油大亨不服指控，把官司打到了最高法院，但大法官以9比0票裁定政府胜诉。结果，标准石油公司被强制拆散为34个小公司，石油垄断帝国顷刻间土崩瓦解。

30 年代大危机后，主张政府干预的凯恩斯主义风行一时，联邦政府在反垄断领域越来越横。1945年，美洲铝业公司（Aluminum Co. of America）

因被控垄断铝业市场，被政府强制拆散。1970 年，国际商业机器公司（IBM）因在大型电脑的硬件、应用软件和操作系统三大领域包打天下而被控垄断，这场官司整整打了 12 年。里根（Ronald Reagan）总统执政后，因科技进步和微型电脑的飞速发展导致信息业格局大变，联邦司法部被迫撤消了起诉。1984 年，美国电报电话公司（AT&T）因被控垄断电信行业，被解体为 7 个地区性公司。

在美国政府看来，一个建立在法治基础上的、适宜企业迅速发展的市场竞争环境，要比某一家超级垄断公司的成功或被拆散后的命运重要得多。

二、自然垄断何罪之有？

然而，微软案的难度在于，由于反垄断法本身的含糊性、不确定性以及现代科技和市场机制的高度复杂性，联邦司法部和联邦地方法院实际上并无足够的证据证明下列问题：微软被指控的行为究竟是合法还

是非法？微软视窗捆绑浏览器究竟是造福于消费者还是限制了消费者的选择范围？对微软的处罚到底是适当还是过重？拆散微软将会促进竞争还是造成行业标准混乱？

一些高科技业行家和经济学家认为，微软案与早年的标准石油案和 AT&T 案等传统型反垄断案有重大区别。如果客观地回顾个人电脑的发展史，人们会发现，微软在个人电脑操作系统领域形成的垄断实际上是因自由竞争、市场开拓、特殊机遇和技术领先而形成的一种自然垄断（Natural Monopoly）。依照反垄断法，美国境内的一家公司若占有某种产品 70% 以上的市场份额，即被认为具有市场垄断地位，但是，一家公司因技术创新或机遇运气而在市场上取得自然垄断地位并不违法。

1977 年，苹果公司（Apple Computer）推出风靡一时的微型个人电脑（微机），开创了电脑发展的全新时代。80 年代初，一直将个人电脑视为玩具

的电脑巨人 IBM 终于如梦初醒，决心尽快进军个人电脑市场。可是，因多年来忽视了对微型电脑的研究，一时来不及研制微处理器（CPU）和操作系统这两项核心技术，加上被没完没了的反垄断官司整怕了，IBM 决定暂时向技术领先的小公司购买微处理器和操作系统应急。

经调研和论证，IBM 决定采用英特尔公司（Intel）开发的 8088 型微处理器。在操作系统领域，当时领导潮流的是数字研究公司（Digital Research）的 CP/M 操作系统。为了尽快推出产品，IBM 屈尊俯就，登门商讨合作事宜。谁料想，数字研究公司未能把握商机，一上来就开出了高价码，每台电脑按惯例收取授权费 200 美元，并附加其它条件。IBM 见这个小破公司竟然不识抬举，便试探着与 MS BASIC 语言的总设计师之一、电脑神童盖茨的微软公司商谈合作。

盖茨是何等精明的人物，他立刻敏锐地意识到 IBM 微型电脑有可能轻易击败苹果电脑，成为真正人

手一台的个人电脑，一个巨大的新市场有可能即将出现。一般来说，在新市场开拓初期，技术水平暂时的高低有时并不重要，具有决定性意义的是抢占市场份额并在此基础上创立市场标准。实际上，微软当时并没有操作系统产品，但盖茨迅速从西雅图一家极有创新意识的小公司买来了一个名为 86-DOS 的操作系统，并借鉴 CP/M 的优点对 86-DOS 进行了改进。然后，盖茨向 IBM 开出了极有诱惑力的合作条件，即微软完全配合 IBM 和英特尔的硬件标准和规格，特别设计 PC-DOS 操作系统，每台电脑收授权费不到 50 美元。IBM 大喜过望，双方一拍即和。

在当时，对于许多象微软这样的小公司来说，这笔巨额交易足以令人陶醉一生。但令人称奇的是，微软并未被套牢在 IBM 战车上成为替 IBM 架桥铺路的马前小卒。IBM 的老总原以为他们可以把 20 多岁的小毛孩儿盖茨玩于掌上，任意摆弄，但最终结果却恰好相反，是自命不凡的 IBM 沦为替他人做嫁衣裳的

倒霉蛋。在律师家庭长大的盖茨对复杂的商业合同法知之甚详、驾轻就熟，在他的坚持下，微软不但保留了 PC-DOS 软件的独占权，而且可以授权其它电脑硬件厂商使用由 PC-DOS 略为修改而成的微软 MS-DOS.这样 ,在这场巨额交易中 ,盖茨洞察先机，神机妙算，使微软在合作中占据了免费搭车、左右逢源、灵活自主的优越地位，为微软未来的腾飞埋下了成功的种子。

1981 年，IBM 正式推出个人电脑（IBM PC）。凭借电脑巨人的赫赫威名和遍布全球的营销网络，IBM 个人电脑一时畅销全世界 ,全球电脑厂家争先恐后地为 IBM 电脑开发应用软件，这就使与应用软件紧密相关的微软 DOS 不费吹灰之力便成为行业标准。苹果的麦金塔（Macintosh）操作系统因与 DOS 标准不兼容，只能眼瞅着丢失了大好河山。数字研究公司的 CP/M 操作系统虽然起初比微软 DOS1.0 版略胜一筹，但用户要额外花高价购买，所以绝大多数用

户自然宁愿使用已预装好的 PC-DOS.这样，盖茨奉行“吃小亏占大便宜”的原则，将 DOS1.0 版低价与 IBM 电脑搭配出售，完全是借力发功，使微软一起步就进入了世界上最快的成功之路。

IBM 个人电脑占领市场后，因供不应求、价格较贵，给生产 IBM 兼容型电脑的一帮小公司以可乘之机。康帕（Compaq）、戴尔（Dell）等厂家凭着小公司的冲劲和弹性，抢先推出使用英特尔 386 微处理器和预装微软 MS-DOS 并且与 IBM 硬件标准百分之百兼容的 386 型电脑，对 IBM 王朝的霸主地位形成严重威胁，使个人电脑市场出现了春秋战国、五霸七雄的局面。在群雄逐鹿的混战中，IBM 因机构庞大、反应缓慢，在几次关键性的战略决战中一败再败，其个人电脑逐渐被挤兑得无人问津；苹果公司因迟至 1994 年才授权其它电脑硬件厂商可以使用麦金塔操作系统生产苹果兼容型电脑，结果不但痛失抢占市场份额和创立统一标准的良机，而且因独木难撑被挤兑

到了破产边缘。

IBM 的节节溃败，对依靠 IBM 发家的微软却没有造成任何负面影响。虽然 IBM 个人电脑的销售一蹶不振，但与 IBM 兼容型电脑搭配销售的微软 MS-DOS 的销量却有惊人增长，使微软 DOS 家族的标准地位空前稳固。令人叹为观止的是，微软竟然连广告和市场营销都用不着操心，市场占有率不费吹灰之力便自动剧增。因 DOS 的功能和版本不断升级换代，售价逐年提高，全球电脑厂商预装 DOS 的授权费象淌海水一样滚滚而来，使微软进入了一种坐地收银、日进斗金、赢家通吃、“想不发都难”的梦幻境界。在微软 DOS 的沉重打击下，“不识抬举”的数字研究公司兵败如山倒，而当年试图在大型和微型电脑的硬件、应用软件和操作系统等领域都自创标准的美国电脑业老四王安公司，最后只落得个申请破产保护的悲惨结局。

如果有谁认为微软的成功仅靠天降宏运以及合

作者和竞争对手的一再失误，那你算是认错了盖茨其人。在电脑软件这块弱肉强食的野蛮之地，盖茨可谓科技天才和商业奇才的罕见统一，他所采用的竞争手段冷酷精明，炉火纯青。

盖茨统帅下的微软一向注重借鉴竞争对手长处和技术突破，更不惜重金网罗天下电脑英才，敏锐地捕捉每一项技术创新，倾全力研制开发最新产品。微软视窗 3.0 版是图形化操作系统的革命性进步，尽管它只是附属在 DOS 下的虚拟操作系统，但其图形化的友善操作界面使用户耳目一新，惊喜万分。视窗 3.0 版上市后流行极快极广，反过来极大地刺激了 IBM 兼容型电脑的销售和以视窗为最新标准的应用软件开发。但苹果开始控告微软抄袭了苹果电脑的图形化界面，这场官司打了 7 年之久，最后苹果因苦斗无功被迫撤回起诉。

微软 1995 年推出的视窗 95 版和视窗 NT 版是真正强大而完整的 32 位元图形化操作系统，它充份

支持英特尔奔腾（Pentium）微处理器以及多媒体和网络厂商的硬件功能，使用户得以享受高速运算、多媒体、集成网络、资源管理器、免费互联网浏览器和更加友善的操作界面。当全球电脑用户乐颠颠地不断升级换代时，盖茨一跃而成天下首富。20 世纪 90 年代末，仅有 20 年短暂历史的微软，其股票在市场的总市值竟然比美国三大汽车公司通用、福特、克莱斯勒的合计总值还高。可以说，现代世界上还没有哪一家企业像微软如此之快地暴富！

面对微软不可思议的成功和自身在个人电脑硬件业丢人现眼的惨败，IBM 大受刺激。蓝色巨人调集科技精英，投入巨额资金，研制开发了 OS/2 个人电脑操作系统，试图与微软一争高下。事实证明，IBM 不仅低估了操作系统研制周期长、技术高度复杂的困难，而且低估了微软占据市场标准地位后形成的巨大优势。经过多年浴血苦斗，最终因与视窗 95 竞争的最新版本未能抢先完成研制以及技术质量和市场营

销等方面的原因，OS/2 被视窗 95 杀得一败涂地，一代英豪 IBM 最后落得个血本无归的悲惨下场，并且创下了全美企业一年内亏损金额的最高记录，令圈内人士扼腕长叹。

微软终于在空前残酷的竞争中杀出一条血路，形成了在个人电脑操作系统领域中自然垄断的局面。

三、捆绑搭配惹祸上门紧接着，微软又开始将操作系统领域的霸权扩展到其它领域。在推出视窗 95 的同时，微软凭借其软件开发部门卓有成效的工作和深谙视窗平台应用程序界面（API）的优势，采取借鉴、移植和综合诸家之长的惯用手法，抢先推出视窗 95 版办公室大全（MS Office）套装软件，将文字处理（Word）、试算表（Excel）、小型数据库（Access）和幻灯片演示（Power Point）等应用软件捆绑销售，以横扫千军似卷席之势，把当年曾经流行一时、颇有创新意识的 WordStar、WordPerfect、Lotus1-2-3、

QutroPro、dBase、Paradox 等孤军苦战的应用软件杀得落花流水，一举占据了 90%的办公室应用软件市场。一时间，在视窗平台上的微软帝国似乎是攻无不克，不可战胜。

俗话说，合久必分，盛极必衰。一向高瞻远瞩、每战必胜的微软在互联网时代一不留神却落伍了。当盖茨的想象力还停留在“让每一个家庭，每一张书桌上都有一台个人电脑”的老黄历时，一匹意识超前的黑马杀了出来。网景公司（Netscape）首先推出的航行家（Navigator）网络浏览器对微软帝国发动了突然袭击。网络浏览器所引发的互联网革命，使个人电脑和微软视窗有可能沦为一种无关紧要的周边设备。有行家预言，因个人电脑崛起而差点儿破产关门的 IBM，将会因网络时代对大型电脑服务器（Server）需求的增多而起死回生，而靠 DOS 和视窗发家暴富的微软帝国，有朝一日将会搂着过时的视窗痛苦地倒毙于信息高速公路之旁。

1995 年 12 月 7 日，盖茨特意挑选珍珠港事件记念日，正式宣布发起“帝国反击战”。出乎人们意料的是，微软这艘巨型航空母舰竟然象轻捷的鱼雷快艇一样调头迅速，整个公司的经营重点迅速转向互联网业务，灵巧地避开了凶险的冰川，避免了冰海沉船的悲剧，与电脑巨人 IBM 当年“船大难调头”的被动局面形成鲜明对比。

微软在战略转折中最凶狠的一招，是重祭当年依靠 DOS 搭配 IBM 个人电脑抢占市场制高点和创立标准的法宝，把微软网络探险家（Internet Explorer）与视窗捆绑搭配，免费送给所有电脑用户，迅速占领了 75%的浏览器市场，使网景生意一落千丈，最后因濒临破产被美国在线（AOL）于 1999 年收购。

在这一轮浏览器大战中，盖茨虽然精明手辣，挽狂澜于即倒，但却使微软招惹上了有灭顶之灾的反垄断官司。

自推出视窗 95 后，微软在个人电脑操作系统领

域已成为孤独求败的寂寞高手。为了避免出现垄断100%市场的尴尬局面，微软曾在 1997 年出资 1 亿 5 千万美元购买苹果公司股票，为竞争对手输血打气，确保麦金塔操作系统半死不活、有气无力地陪着视窗这个公子在市场上读书。

其实，微软的这个损招儿纯属多余。依照反垄断法，一家公司具有市场垄断地位并不违法——如英特尔（Intel）、思科（Cisco）和波音飞机公司在各自的领域中都处于高度垄断地位，只有当一家公司利用垄断力量阻扼和打压竞争对手进入市场时才是违法。微软的致命把柄，实际上是利用视窗航空母舰的垄断地位为浏览器软件保驾护航，阻碍了技术创新者潜能的发挥。

四、傻帽儿才为浏览器付钱在联邦地方法院庭辩过程中，微软的律师一再争辩说，反垄断法的宗旨是保护消费者的利益，而不是保护在市场竞争中败下阵

来的企业，恰恰在这个问题上，控方根本就拿不出任何令人信服的证据来证明微软损害了消费者利益。实际上，由于微软视窗免费附带浏览器功能，迫使网景后来也停止对浏览器收费，大大降低了公众进入互联网的成本，在全球范围内促进了互联网的空前普及，并且使浏览器成为微软视窗不可缺少的标准附设。

微软认为，在视窗上捆绑浏览器是一种功能的集成化，是扩大而不是限制消费者的选择范围。此外，网景虽然在浏览器大战中被微软击败，但并没有溃不成军。如今网景的原班兵马已集结在美国在线旗下，如果真的是身怀绝技，没人能挡得住网景继续与微软竞争。

值得注意的是，功能的集成化和一体化已成为互联网产业的新潮流和新趋势。企业捆绑产品的目的是为了大幅度地降低交易费用。据报导，微软目前投入巨资研制的下一代视窗系统（NGWS），将以语音识别技术代替键盘操作，以 XML 网络通用语言为核心，

改写全部现有应用软件，将移动电话、掌上型电脑、应用软件、数据库搜寻、网络付帐、电子邮件、电子商务、网络电视、网络游戏和电子书籍等整合为一体。这样，互联网已不再是一项技术，而是一种全新的整合和应用，是一种跨平台功能集成和综合。如果说微软以前在视窗巨舰上捆绑搭配了 F-16 型战斗机，那么这回捆绑搭配的将是载有核武器的 B-2 型隐身战略轰炸机。

微软的律师认为，企业拥有自行设计产品以及为产品搭配新功能的权利，这本是天经地义的事。难道麦当劳卖汉堡包时不能搭配炸薯条吗？难道福特公司卖汽车时不能搭配空调或音响吗？如果让对高科技一窍不通的政府和联邦法院来决定视窗是否应该搭配创新功能，深受其害的只能是广大消费者。

微软的律师强调，微软并没有利用视窗的优势地位牟取垄断利润和伤害消费者。而消费者的满意程度正是微软为自己辩护的有力盾牌。在市场经济体制下，

消费者是自身利益的最佳判断者，视窗垄断地位的形成，从某种意义上说正是消费者自由选择的结果。实际上，微软将各种功能集成为一体的做法确实给消费者带来很大的方便和实惠。根据《华尔街日报》1999年12月的一次民意测验，美国公众心目中最成功、最令消费者满意的十大高科技企业中，微软名列榜首，排名第二至第十的是英特尔、思科等硬件公司。

对于司法部因视窗搭配浏览器而起诉微软一事，多数美国消费者认为政府大概是有点儿毛病。若论质量、功能、技术支持和售后服务，微软探险家与网景航行家相比一点都不差，只有脑袋缺根筋儿的傻帽儿才乐意为浏览器花冤枉钱，养活那个跟普通消费者八竿子都打不着的网景公司去跟微软掐架。

根据美国学者、得克萨斯州大学经济系教授莱伯维兹（Stan J.Liebowiz）的追踪研究，微软公司并不是那种占据垄断地位之后便趁机抬高价格、销售劣质产品、任意伤害消费者的传统型垄断恶霸。恰恰相反，

在微软占据垄断地位的文字处理和试算表等应用软件领域，反而出现了功能不断改善和售价大幅度降低的奇特现象。对于这种现象，莱伯维兹教授的解释是，潜在的竞争对手的威胁使微软始终如临大敌，不敢得意忘形。

实际上，一个常常被人们忽视的背景是，鼓捣电脑，开发软件，改进程序，超越自我，是盖茨等微软公司创业人的乐趣和爱好。追求卓越、努力进取的企业家精神，始终是推动微软不断改善软件功能的内在动力之一。当软件完成研制和改进成功地占据市场垄断地位后，由于再生产的边际成本近乎于零，销售价格自然会大幅度下降。

五、创新远重于价格但是，联邦司法部认为，对微软的起诉虽然是在100年前的《谢尔曼反垄断法》名目下进行的，但问题的焦点并不在“垄断者抬高价格伤害消费者”上。前司法部首席反垄断经济学家鲁

宾菲尔特（Daniel Rubinfeld）接受《纽约时报》记者采访时强调：“我们在控告微软时就意识到，对这类案子,经济上的规则已经变了。创新,远重于价格，才是微软案的意义。”

实际上，如果仅仅从短期看，微软赠送浏览器的确让消费者省了钱。但若从长远看，微软把有开拓性和技术创新的小公司踢出市场,实质上是限制了消费者的选择范围,阻碍了有可能使消费者真正受益的技术创新。

谁都知道，微软虽然创造了空前的软件奇迹，但微软本身却恰恰是个缺乏重大技术创新的公司。微软基本上只是个“技术追随者”，而非“技术创新者”，它的多数著名软件产品，如 DOS、视窗、办公室大全、网络浏览器等，无一例外都是靠收购或仿制起家的。微软的独家武功是：免费搭车，借力发功，凭借操作系统优势，集模仿和开发于一身，青出于蓝而胜于蓝，效率奇高，后来居上，干啥象啥，见谁灭谁，

成为高科技领域中人见人恨的掐架大王。

有人认为，微软实在是太成功了，以致沦为“成功的受害者”（The Victim of Success）。

在高科技领域，企业之间掐架本是家常便饭，微软用的那些损招儿其实大伙儿全用过，如果没发什么大财，损招儿用得再多也是白扯，根本不会有人到衙门喊冤告状。绝大多数技术创新其实也未必真能成什么大气候。微软的毛病在于，虽然既有知识又有钱，但缺少点儿文化和品位，说话口无遮拦，办事咄咄逼人，竞争争得太凶，掐架掐得过猛，动辄把同行照死里掐，结果把事儿闹大了，政府不得不出面干预。

微软案最初只是围绕视窗捆绑浏览器是否违法一事开庭，司法部本意是给微软一个“外科手术式的打击”（Surgical Strike）和一些商业限制，想都没想过要拆散微软。出人意料的是，因微软多年来目中无人，树敌过多，苦大仇深的冤家对手借机报仇申冤，轮番出庭向法官痛说“苦难家史”，幸灾乐祸的电脑

业同行落井下石，在公堂上抖落出一大堆对微软极为不利的“变天旧账”，再加上微软傲慢强硬、寸步不让，对任何一项指控均据理力争，甚至反咬联邦政府和法院干预科技创新，结果使案情出现了戏剧性的转变。

根据法官公布的事实判定报告（Finding of Fact），微软的下列行为触犯了反垄断法规：

第一，微软凭借视窗垄断地位，将探险家浏览器与视窗捆绑搭配，把网景踢出了市场。

第二，苹果选择网景航行家作为预设浏览器后，微软便威胁要取消麦金塔版本办公室大全的授权，结果苹果被迫采用微软探险家作为预设浏览器。

第三，康柏曾与美国在线达成协议，将视窗上的微软网站图标换成 AOL，微软便威胁要撤消康柏预装视窗的授权。康柏被迫恢复了微软图标，微软则降低视窗价格回报康柏。

第四，英特尔在 1995 年发展出一种新的技术规

格，但有可能影响视窗的标准，微软便威胁英特尔要削弱对该公司微处理器的支持。英特尔被迫停止了对这项新技术的研制。

第五，升阳公司（Sun Microsystems）开发的 Java 语言因不受操作系统限制，威胁到微软视窗的垄断地位，微软便开发出只能在视窗下运行的 Java 版本，干扰兼容性技术创新。

这样，过堂听证逐渐变成对微软的愤怒控诉和声讨，不将微软千刀万剐已不足以平民愤。美国信息产业分析专家罗得。安德利（Rod Enderle）对《华盛顿邮报》记者说，微软案的戏剧性变化就好像是盖茨超速驾车，拿到罚单后心中不服，跑到法庭上去扯歪理，原想免除点儿罚款，结果一不留神竟然收到了一张死刑判决书。

六、一拆为二是笨招儿 2000 年 4 月，联邦司法部正式决定，要求法官将微软一拆为二——即一个经

营操作系统业务的公司和一个经营应用软件及互联网业务的公司。6 月，主审法官杰克逊（Thomas P.Jackson）正式裁决将微软一拆为二，并且规定分拆后的两家公司在 10 年内不得合并，据说只有这样才能打破微软在操作系统领域的垄断。司法部认为，对微软的惩罚虽然短期内会引起市场震荡，但从长远角度看，广大消费者将会因开放市场竞争而获益。

人们可以高度赞赏法官坚持司法独立、维护公平正义的立场。任何一家企业，甭管它再成功，也绝不能超越于法律之上。可是，将微软一拆为二的过重惩罚，从常识上看是却令人费解的。如果只是简单地将微软一拆为二，实际上并没有解决微软视窗垄断市场的关键性问题。联邦法官和司法部律师至少应当懂得这样一个简单道理：将微软一拆为二后，那个经营操作系统业务的公司仍然会继续处于市场垄断地位，而将这个操作系统公司进一步拆散削弱，在个人电脑操作系统领域开放市场，引入竞争，则完全是天方夜谭。

与石油大王洛克菲勒这种传统型的资本家不同，盖茨是靠知识起家的“知本家”。微软在操作系统领域的垄断，实际上是一种知识垄断和标准垄断。在知识经济时代，有知识肯定有机会赚大钱，有大钱却不一定能玩得转知识，玩得转知识不见得能创立标准。操作系统具有耗资巨大、研制周期长、设计难度高和技术标准对硬件和应用软件影响极大等特点。为了推出视窗 95，微软早在 1988 年就已调集数千名电脑软件精英攻关。如今的视窗 2000 已是源程序长达四千万行、指令上百万条、空前复杂而艰深的知识集成。这种知识和标准的垄断不是一时半会儿就能轻易打破的。而强迫微软公开视窗 2000 的全部源程序，那实际上无异于在高科技领域“打土豪、分田地”。

有人举出美国政府当年按地区划分原则拆散 AT&T 公司开放长途电话业市场竞争的先例支持拆散微软。然而，长途电话业和操作系统完全是两码事。长途电话业因高速度、大容量的光纤通讯网有足够的

空余容量，使小公司得以批发大块长途电话时间，然后以低价零售，使消费者因市场竞争而获益。但是操作系统领域的电脑专家几乎一致认为，如今即使政府强迫微软“开放市场”，奉送巨额研制资金，也不可能有哪家公司能在短期内研制开发出价格使消费者可以接受，稳定性和可靠性可与微软视窗媲美、在软件开发业能象视窗一样成为公认的产业标准、在商业上可与微软下一代视窗系统竞争、产品质量受全球消费者信赖并且与现有硬件和软件系统 100%兼容的个人电脑操作系统。

新闻媒体和华尔街一度把源代码开放的 Linux 操作系统炒得很热，似乎 Linux 有朝一日能够取代微软视窗。其实这只是外行人士的一厢情愿。Linux 是 UNIX 操作系统的版本之一，是一种主要用于中、小型电脑服务器（Server）和工作站（Workstation）的操作系统。换句话说，Linux 将会对升阳（SUN）Solaris、惠普（Hewlett-Packard）HP-UX 和 IBM

的AIX等占据主流地位的UNIX操作系统以及微软视窗NT的服务器版本造成一定威胁，对微软专为个人电脑研制的视窗98和视窗2000版本，Linux则很难造成任何值得一提的影响。从易操作性、稳定性、售后技术支持和应用软件支持率等方面看，Linux与微软视窗在个人电脑市场上根本就不是同一个档次的对手。谁都知道，如果没有成千上万的应用软件支持，一个操作系统再好也是白搭。而应用软件支持率极低的毛病，则恰恰是Linux难以克服的致命弱点。

更为现实的是，在互联网革命时代，无线上网、宽频网络、无硬盘网络电脑等新技术风起云涌，连微软都已做出向互联网全面转进的战略调整，还有哪家公司会傻乎乎地往个人电脑操作系统这种夕阳技术领域里砸钱？即使费劲巴拉地整出了点新玩艺儿，有谁会冒文件不兼容和系统崩溃的危险去更换操作系统？难道只有在操作系统领域人为地制造一种群雄并起、山头林立、标准混乱的竞争局面，让应用软件

开发商和普通用户无所适从，才符合消费者的真正利益吗？答案显然是否定的。回首 20 多年来微型电脑功能以令人难以置信的速度增长以及售价的急剧跌落，微软和英特尔在标准化方面的贡献是不可磨灭的。

七、消费者可能沦为冤大头实际上，假设拆散微软之后市场上出现另一家能与微软竞争抗衡的公司，消费者也未必就能从竞争中获益。根据莱伯维兹教授的估算，如果电脑软件开发商都按两种操作系统标准重复开发功能相同的软件，美国消费者在今后三年的额外花费将高达 500 亿美元。此外，由于面对新的竞争对手，那个从微软分割出来的专门经营操作系统的公司完全有可能放弃原来的价格限制，大幅度地提高视窗的售价。

针对这一问题，麻省理工学院经济学教授、对日本和东亚经济奇迹以及美国泡沫经济最早的一位批评者克鲁格曼（Paul Krugman）在《纽约时报》撰

文指出，微软案的关键并不在于有罪或无罪，而是可行性（Practicality）问题。他认为，即使盖茨违法，也不能轻易采取伤害普通大众利益的惩罚措施。

联邦司法部支持拆散微软的另一个论点是：一拆为二后，那个经营应用软件业务的新公司将会推出 Linux 版本和 UNIX 版本的办公室大全(MSOffice)，此举将会使这两种操作系统迅速获得强大的实力与视窗竞争。

可是，从常识上看，司法部的这种论断同样令人费解。

首先，由于担心苹果公司退场不玩了，微软多年前就已开发出麦金塔（Macintosh）版本的办公室大全。事实证明，此举并没使麦金塔操作系统额外增强了与视窗竞争的实力。

其次，Linux 和 UNIX 都是主要用于服务器和工作站的操作系统。在绝大多数高科技公司，昂贵的服务器一般都被放置在恒温隔音的专用工作间中，只有

少数高级科技人员凭借密码才能进入。显然，不大可能有哪位软件工程师会在服务器上鼓捣 Excel 或 Power Point 等办公室大全软件。对此问题，法官和控方律师是真的不懂电脑常识还是故意装糊涂？

最后，多数高科技业人士认为，简单地将微软一拆为二后，MSOffice 作为微软最赚钱的部门，因不再会被微软其它部门挪用赢利，其实力和垄断地位将更加稳固。最终结果，很可能是一个微软霸王摇身一变成为微软和“微硬”两个霸王。而普通消费者又能从中得到什么好处呢？

如果将微软一拆为二，不仅探险家浏览器将无法与视窗搭配，视窗中原来一直免费附带的多媒体、日历、计算器、游戏、图画本等应用软件都将被踢出，这意味着消费者必须花钱分别购买这些软件，因而要付出更高的价格。此外，微软投入巨资研制的语音识别应用软件一旦成功，也将无法应用于视窗系统，使新一代声控界面操作系统革命的成果将化为泡影，以

跨平台功能集成化为特征的下一代微软视窗(NGWS)可能将永远无法问世。还有，将微软拆散后，如果因股票大跌使股票期权形同虚设，微软将无法保留素质一流的软件技术精英，那么依赖微软技术支持的用户将会大吃苦头。

最后，在微软案第一回合的较量中，微软和美国司法部都花了大约一千万美元的诉讼费。司法部那边是纳税人的银子，敞开了花也不会心疼。微软这边自然会把巨额诉讼费打入成本，把损耗转嫁到消费者身上。在这场世纪大案中，消费者有可能沦为真正的冤大头。

诺贝尔经济学奖得主、美国经济学家弗里德曼（Milton Friedman）公开表示，微软诉讼案简直就是劳民伤财。他批评道："在电脑产业中，科技的进步比法庭和司法诉讼的步伐要快得多。到这场官司了结时，谁会知道电脑产业的局面是什么样呢？肯定已是面目全非。邀请政府出面调停，等于是为未来的政

府管制敞开了大门。”按照弗里德曼的经济理论，因发明专利、商业秘密、自由竞争所造成的垄断根本就不能算是垄断，只有因政府管制而形成的垄断才是最大的祸害。

八、市场竞争与政府角色在以高科技和信息产业为主体的美国“新经济”中，企业对市场垄断地位的狂热追求已成为一种值得注意的新现象。高科技产品虽然在研制阶段具有高投资、高风险等特点，但由于数字化和网络化的优势，定型产品的制造和运输只不过是简单复制和网络数据传输，因此，产品一旦能够成功地占领市场，由于再生产的边际成本近乎于零，即使大幅度降低价格仍然可以获得巨额利润。这样，市场竞争的重点已不再是价格竞争，而是创新发明和超越陈旧技术的竞争。

此外，当代高科技领域超乎寻常的飞速发展和空前激烈的市场竞争，已使某一家企业长期占据自然垄

断地位、轻易地获取垄断利润的局面被彻底打破。微软和英特尔等垄断企业的日子其实并不好过，他们的垄断地位很可能是暂时和脆弱的。如果在创新发明和技术超越方面稍有闪失，微软和英特尔都有可能象当年的蓝色巨人 IBM 一样虎落平川。

当今之世，高科技企业凭借技术创新千方百计地追逐市场垄断地位，而层出不穷的科技创新又不断地打破原有垄断，不知不觉中推动了产品价格的下跌和消费需求的增长，形成一轮又一轮的市场竞争和产品创新，已成为“新经济”的一大特征。《谢尔曼反垄断法》这种百年老例，已需要依据二十一世纪市场竞争的新情况和新问题加以修订。

对微软案的审理，显然将对美国未来的高科技产业政策产生重大影响。如果无视市场竞争的新情况和新问题，一味过重地惩罚微软，开了政府以空前规模管制高科技产业的先例，将会使高科技产业中的冤家对手们走上官商勾结、依赖政府插手这种不正当竞争

的路子。微软仗恃垄断力量将有开拓性的小公司踢出市场固然不是好事，但政府动用行政和司法手段管制自己一无所知的高科技产业，其结果可能更糟。政府在市场竞争中的理想角色是看门打更的守夜人，而不是出场掐架、扶弱锄强的英雄好汉。

实际上，高科技产业瞬息万变，互联网络发展一日千里，市场本身自有调节功能。1993 年 5 月 11 日，盖茨曾对美国在线总裁凯斯(Steve Case)扬言："我可以买下你公司的 20%，也可以买下你的整个公司，或者我自己可以进入在线服务产业，然后埋葬你。"迄今，微软连美国在线的 1%都未能买下，反倒是美国在线在竞争中不断壮大，先是以 42 亿美元收购了网景，接着又以 1060 亿美元天价兼并了全球第一大媒体公司时代华纳集团，成为互联网领域的巨无霸。相形之下，微软虽然击败了网景，夺取了浏览器市场的控制权，但微软在互联网领域的控制力不升反降。

事到如今，盖茨终于意识到，互联网产业远比预想的要开放和复杂，网络浏览器只是一个软件而已。微软当年忽视在线服务产业，拼死与网景掐架，试图以浏览器软件控制互联网，实际上在某种意义上是犯了战略性错误。如今不是网景，而是微软目标之外的美国在线、雅虎（Yahoo）、亚马逊（Amazon）和电子湾（eBay）等成了互联网领域的主角。网景的被兼并，美国在线的崛起，微软神话光环的失色，正是市场竞争和调整的结果。

九、微软逃脱被拆分之劫 2001 年春季，美国经济和华尔街股市持续增长的繁荣盛世凋谢不振，停滞衰退局面呈现，高技术产业从经济成长的“火车头”变成了“拖油瓶”。在一片萧瑟之中，微软案的动向一时显得格外引人注目。

在美国的高科技企业中，微软处于牵一发而动全身的特殊地位。微软与很多电脑企业之间有着一损俱

损、一荣俱荣的复杂关系，康帕（Compaq）和戴尔（Dell）所在的得克萨斯州多年来就一直拒绝加入起诉微软的行列。此外，微软占纳斯达克股票市场的比重已高达 11%左右，近年来，微软股票与纳斯达克指数下跌幅度的曲线惊人地相似。如果政府不顾整体经济状况，继续对微软痛下杀手，将有可能对高科技产业雪上加霜。很多人担心，在经济动荡之时，如果联邦政府和法院不计后果，愣要强制拆散微软，将有可能对美国经济、高科技产业和全球消费者造成无法预料的冲击。如果听任政府里那些缺乏高科技背景的法官和律师瞎折腾，一旦在高科技企业中引发负面的连锁反应，使经济减速演变为一场旷日持久的经济萧条和全球性经济衰退，真到那会儿，恐怕哭爹喊娘也来不及了。

2001 年 6 月，联邦上诉法院以 7 比 0 的投票结果，以证据不足为理由驳回了联邦地方法院的初审判决。上诉法院裁定，微软将浏览器与视窗捆绑销售的

做法并不违法，而是一种合法的创新和整合。上诉法院法官认为，微软处于垄断地位是事实，但由于个人电脑操作系统需要标准化，所以垄断实际上是一种很难避免的现象，如果垄断者不是微软，也可能会是另一家厂商。但是，上诉法院判决，微软滥用垄断地位与一些电脑销售商签订排斥竞争的合同以及微软打压苹果和 Java 软件开发商的商业策略是违法的。此外，由于地方法院法官杰克逊曾发表过盖茨是“拿破仑第二”之类有偏见的言论，上诉法院在判决书中裁定，地方法院应指定另一位法官重新审理微软案。

同年 9 月，联邦司法部发表声明，决定不再要求以拆分方式处罚微软，并撤消对微软将浏览器与视窗捆绑销售的指控。根据与司法部达成的初步和解协议，微软同意政府对其今后的经营行为实施一些限制措施，停止违法的商业运作，但这些限制已没有初审裁决时那么严峻。这样，微软终于逃脱拆分之劫。

微软被控垄断一案涉及到一系列高度专业化的

现代科技、市场经济、知识产权、反垄断法等法律法规，需要动员大批科技、经济和法律专家研究分析微软对市场垄断的程度，以及这种垄断是否妨碍科技进步和经济效率。因此，这场诉讼官司必然旷日持久，耗资巨大，而且很难有一个明确清晰的结论。此外，反垄断法中很多地方模糊不清、模棱两可、变数极大，这样，受整体经济状况、科技创新速度、股票市场风雨、政治格局变迁等诸多因素的制约和影响，反垄断官司往往出现一朝天子一朝臣的现象。在当前经济衰退和信息业萧条的形势下，联邦政府和法院对微软网开一面，早已在人们意料之中。

应当指出的是，美国的反垄断诉讼其实并非笼统地反对一切垄断和超级企业。全球经济竞争，谁都担心本国企业规模过小；数字化网络革命，人人向往赢家通吃。在这方面美国人并不缺心眼儿，当代美国经济正是以超级跨国垄断公司为特色的。20 世纪 90 年代是美国经济史上公司兼并的一个高锋时期，一些规

模空前的超大型垄断公司接连问世。尽管垄断公司之间存在激烈竞争，但拥有上千亿资产的垄断公司内部的经营管理和科研开发却是计划经营，把原来需经市场交易才能完成的资源配置优化实现，极大地降低了交易成本，提高了整体竞争力和创新能力，以更优质的产品和更低廉的价格赢得全球消费者，从而轻易击败小公司竞争对手。当代美国著名法官兼法学家、法律经济学派创始人波斯纳（Richard A.Posner）甚至认为："垄断是鼓励创新的一种途径，其主要理由是，成功的创新和成本最小化对垄断者的回报通常是较大的。"

那么，为什么联邦政府对波音（Boeing）与麦道（McDonnell Douglas）、奔驰（Mercedes Benz）与克莱斯勒（Chrysler）、AOL 与时代华纳（Time Warner）等大公司之间的合并和垄断地位大开绿灯，但却唯独跟微软公司过不去呢？

这里的奥妙在于，尽管微软视窗处于市场垄断地

位并不违法，但微软的特别之处在于，它利用竞争形成的垄断和市场标准地位设置了一种无形的垄断壁垒。尽管操作系统产品利润可观，但其它电脑软件厂商却因标准壁垒而无法自由进入市场，根本没法与微软竞争。设置垄断壁垒的损招儿虽然很多，但象微软这样通过竞争赢得标准地位来设置垄断壁垒的招术却是最高明的，也是最让人恨得咬牙切齿但却又无可奈何的，因为个人电脑市场确实需要标准。在个人电脑时代，微软控制了操作系统标准，等于同时控制了电脑硬件和应用软件的命脉，使英特尔、康帕这样著名的高科技企业也不得不甘拜下风，老老实实地与微软签订排斥竞争的合同，一点儿脾气也不敢有。

更令人担忧的是，在以开放和兼容为特征的互联网时代，野心勃勃的微软干扰以兼容性为特点的 Java 语言，凭借雄厚的财力和视窗的垄断地位为其浏览器软件保驾护航，企图建立全新的市场标准和垄断壁垒。如果联邦政府不闻不问，听任微软再次抢占互联网络

和数据通讯产业的市场制高点，形成垄断性网络浏览器标准，将网络门户、电子商务、信息高速公路甚至整个国民经济和社会生活置于微软浏览器的控制之下，将有可能对市场竞争和科技创新造成摧毁性破坏，其社会后果更是不堪设想。在此意义上说，联邦法院起诉微软，正是为了防止出现垄断性网络标准，维护美国的整体国家利益。

然而，在三年的司法诉讼过程中，由于高科技领域白热化的市场竞争，网络和数据通讯技术的飞速发展，加上互联网的高度开放性以及诉讼官司的制约，微软企图建立垄断性网络标准的野心和梦想已化为泡影。与此同时，由于互联网的崛起，个人电脑和微软视窗已经丧失了在信息产业中的中心地位，微软的垄断性力量已遭到了前所未有的结构性削弱。再加上经济停滞和衰退，人们甚至颇为怀念当年微软 DOS 和视窗不断升级换代、引发电脑硬件更新狂潮和信息产业极度繁荣的好年景，盼望微软再次推出带动电脑

硬件升级的“杀手”软件，刺激新一轮的市场需求。在此形势下，过重地惩罚微软显然已不符合美国的整体国家利益。

在市场经济中，垄断，还是反垄断，是一个极为复杂的问题，不可能有一个统一明确的结论和千古不变的标准。轰动全球的微软一案究竟是劳民伤财、多此一举，还是杀一儆百、功在千秋？这尚待百家争鸣，深入探讨。

后记：一次愉快的精神之旅

编写完《美国宪政历程》，看着这些不知修改过多少遍的文稿，我如释重负，同时感到了莫大的欣慰。

在过去的两年时间里，除了撰写了几篇学术评论和时事评论外，我以极大的兴趣和热情全身心地投入到本书的写作和编辑中。对于我这样一个从未受过专门系统法律训练的人来说，这个领域既充满了诱惑，也有很大的风险。不过，我想到当代美国最有影响的法学家兼法官（联邦第七上诉法院）波斯纳的一句名言："法学应当使外行人也感兴趣，自己多少有点安慰。"如果法学能够使外行人感兴趣的话，也就无法排除感兴趣的外行人来从事有关法律的业余研究工作。既然国内有那么多没有任何法律专业背景训练的职业法官和律师，而且，也没有法学教授来潜心写作美国宪政史的入门书，那么，由几位研究美国历史和

国际关系的学者来写作美国的宪政历程,作为抛砖引玉之用,看来也不能说太出格。

当然,最重要的还是,宪政史研究是一个跨学科的领域,并不是法律专家的“非我莫入”的禁区。以美国为例,美国大学法学院三年制的法学博士(J. D.)教育主要是一种法律职业训练,侧重于实用而非学术,其目的是培养合格的律师。而法学领域的学术研究则是一种跨学科的交叉综合,比如,经济系在政府经济法规、产权制度、反托拉斯法、公司法等课题,政治系在美国宪法、司法制度、立法过程、政治法律思想等课题,社会学系在法律社会学、犯罪学、刑罚理论等课题,历史系在宪政历史、宪法史、法律思想史等课题,都扮演非常重要的角色。此外,由于英美普通法传统和案例教学法的影响,美国大学的法律教育不可避免地与法律史和政治法律思想史密切相关。

相比之下,中国虽然没有发达的法学教育,却有着庞大的法学学位获得者。我本人就是一个“法学”

硕士。不过，这个中国社会科学院研究生院的一个法学硕士学位（1985 年），和绝大多数中国法学学位一样，并没有真正的“含法量”，因为我的专业学科是国际政治和国际组织。而中国的学位分类中，包括党史和政治思想教育在内的所有政治学都属于法学范畴。从这个角度说，中国培养的“法学”学位获得者之多，大概连“诉讼之国”的美国都望尘莫及。

1988 年，在师从杨生茂教授六年后，我从南开大学历史研究所获得了美国外交史方向的史学博士（博士论文后以《争吵不休的伙伴——美援与中美抗日同盟》为题由广西师范大学出版社出版）。我随后南下金陵古城，在南京大学-霍普金斯大学中美文化研究中心开始了我的职业学术生涯，一直为中心的美国学生讲授中美关系和国际冷战史，间或也给南京大学本科生和研究生讲授 20 世纪美国、中美关系史和美国外交史，为促进中美两大民族年轻一代的相互理解和相互尊重贡献自己的绵薄之力。授课之余，利用

中美中心丰富、精当和更新迅速的外文书刊，围绕着中美关系、中美外交史和国际关系理论展开一些学术研究和写作。经过十几年的努力，虽然成就不大，但自认为还算扎扎实实，研究工作开始有了驾轻就熟之感，一些研究成果也被同行学者所接受，用一句比较土的话来说，至少“混了个脸儿熟”。

但就在这个时候，我忽然对美国宪政史产生了浓厚的兴趣。

1999 年夏初，南开大学社会科学处处长王正毅教授邀请我给“全球化和区域主义”国际讲习席班学员作一个有关国际体制作用的主题发言。为此，我特地撰写《对国际体制和国际制度的理解和翻译》一文（后发表在《国际问题研究》2000 年第 4 期）。在南开期间，我与正在南开历史所义务讲学的美国宾西法尼亚印第安纳（Pennsylvania Indiana）大学历史学教授王希博士邂逅相遇。承他不弃，送我一本他刚刚在北京大学出版社出版的《原则与妥协：美国宪法的

精神与实践》。回到南京后，我很快就读完这本极为出色的著作，对美国宪政的丰富内涵有了较为全面和深入的认识。

是年夏天，我在美国西雅图参加了“美国的世界作用以及对中国的影响”为题的中美年轻学者对话会。社科院美国研究所金灿荣博士也是与会代表。他是我的老朋友，当年我们同在美国所读研究生，我比他高两级，我学美国外交，他读美国政治，但后来他师从北京大学袁明教授攻博，转向了美国外交的研究。会余时间，我们漫步在电影“sleepless in Seattle”(《西雅图夜未眠》/《西雅图不眠夜》)中出现过的海滨码头，一起交流读王希书的体会，得出了同样的看法：美国宪政史和法治史在国内是个亟待开拓的领域，而且，美国人的宪政观和法治观对其外交的内在目标和外在行为方式都生产了重点影响。从美国人早期追求航海自由权、到威尔逊对国际联盟的痴迷、到罗斯福的“四警察”观念（即二战后由美英中苏四大国像警

察一样维持各自所在地区的国际安全和稳定)和联合国构想,再到当前美国克林顿政府对国际体制和国际制度不遗余力的倡导和推动,无一不与其国内宪政观念和法治经验密切相关。显然,没有对美国宪政的一定理解,对美国外交政策的解释和美国国际关系理论的评析是很难深入下去的。

这一考虑激活了我内心中对美国宪政法治的潜在兴趣。我过去对美国宪政一直有所注意,80 年代初读硕士研究生时,我给导师杨生茂教授写的第一篇读书报告就是《美国宪政史上的联邦法令废止权》(14年后,该文经大量修改后终于发表在《美国研究》2001 年第 2 期)。1995 年秋,根据自己在美国华盛顿的直接观感,为《读书》写了《在美国焚烧国旗是否合法?》(最近,日本东京大学出版社来信,告之他们将把该文编入日本的中文教材),随后,在研究美国对少数族裔和妇女等弱势社会群体照顾性的“肯定性行动”计划时,更是涉及到不少美国联邦最高法

院的民权案子。

2000 年新学年开始，我毅然放弃了在前述“国际体制和国际制度”一文基础后写作介绍美国“multilateralism”（多边体制论，也译多边主义）的计划，开始了自己在美国宪政史的探索和冒险。遗憾的是，比较美国汗牛充栋的宪政文献，有价值的中文著述实在是少的可怜。除王希书外，余下的似乎只有南京大学法学院张千帆教授的《西方宪政体系。美国宪法》。与王希书按历史进程来讨论美国宪政的“史论”不同，该书按美国宪政的主要问题，对美国宪法原则进行了法理的分析。另外，台湾学者朱瑞祥写过一本《美国联邦最高法院判例史程》，以一系列案例穿起了美国最高法院的演变。

还有两本翻译著作引起了我的注意，它们是柯特勒的《美国八大冤假错案》和 Peter Irons 的《为权益而战》。它们以讲故事的形式讲述了美国法治史上的冤假错案，和小人物为维护自己宪法权利进行的不

屈不挠的斗争。这两本书，内容生动，评论犀利，非常精彩，在美国好评如云，的确反映出美国学者对本国宪政制度的批判精神和政府滥用司法权力的警觉态度。但是，当它们移植到中国的语境中就会出现误读的可能性，因为美国的一般读者对自己生活的法治环境有相当多的切身体验，也比较容易理解美国法治的“阴暗面”只是其完备法治的一小部份，但对于没有过在美国生活体验的一般中国读者，这一“阴暗面”可能会被不自觉地放大成为美国宪政和法治的全部，而且，由于作者是美国知名学者，作品又是有影响的著作，因而就增加了这种印象的权威性。中国的批判家就可以振振有辞地说：“有必要强调美国宪政和法治的长处吗？美国人自己都说自己的法治问题成堆！”

这里的确向我们提出一个严肃的问题。我们的学者在挑选译介西方著作时，在突出我们的个人偏好时，一定要照顾到全面；在赞赏另类时，更应该突出主流。在人文学术中，有时新不一定比旧好，有时新可能还

不如旧。在其名著“Politics among Nations”(《国际政治》)中,国际政治学权威 Hans J.Morgenthau开篇就指出:“在政治理论中,新鲜突兀未必是优点,源远流长也未必是缺点。”不幸的是,中国学界似乎已形成了某种传统,译介近现代西方学术时较多地选择经典和主流,但译介当代作品时似乎更多地注意标新立异的枝干,而非源远流长的传统。在我看来,不同社会间的交往和交流应该跟人与人交往一样,尽量了解、借鉴甚至是学习对方的长处,取长补短,共同发展。过多纠缠于历史的纠葛和偶然的冲突,陷于某种受害者、胜利者或救世主的心态而不能自拔,绝非是一个伟大民族自谦、自信和自强的表现。这绝非无的放矢,看看在过去的几年里中美两国一些不负责任的媒体和学者对相互嘲弄、彼此揭短甚至是攻击谩骂的热衷,就可见一斑。

这一观察确定了我从事美国宪政史探讨的一个原则:作为这一研究领域的一个后来者,我要虚心地

学习和阅读其他学者的著述；作为身处一个法制远非健全、人治常常代替法治社会中的观察家，我将努力寻求一个法制相对健全、宪法为其立国之本社会的法治精粹和宪政经验。在具体做法上，利用自己作为历史学者善于叙事、对细节的敏感和对美国历史发展背景熟悉的优势来讲述美国宪政法治发展演变的故事。于是，我打算以“美国伟大的[国会]法律和[联邦最高法院]判决”为题分别讲述十大判决和十大法律的故事。

当我向远在美国的王希教授和我的老朋友陈伟提出这一设想时，得到了他们热情的赞扬，并建议我把判决和法律分开来作。由于判决的案例故事如此丰富多彩、惊心动魄，它自然成为了我的首选。更为重要的是，老友陈伟与我不约而同地对判决问题产生了兴趣，并在我之前开始在国内的《读书》、《南风窗》和海外的《世界周刊》以及网上电子刊物《华夏文摘》和《国风》发表他的美国法律纵横谈。他的欣然加盟

大大提高了本书的可读性和思想性，缩短了与读者见面的时间。

本书的合作成为我们近 20 年友谊的小小高潮。我们是东北师范大学（长春）1978 级校友，我在历史系，他在政治系。1982 年初大学毕业前夕，我报考了中国社会科学院美国研究所，他报考了苏联东欧研究所，由此我们开始相识。我于当年如愿以偿，他却在赴京复试后马失前蹄，但我们一直保持了书信联系。1984 年他终于如愿以偿，成为苏东所外交与国际关系专业研究生。此后，我们有一段很愉快的交往，包括一起为国务院国际问题研究中心提供一份美苏关系的咨询报告，一起去采访原国民政府驻印度远征军副总司令郑洞国将军，探讨美援对中美抗日同盟以及中共、国民党、美国、苏联四角战略关系的影响。1990 年前后，我们突然对中国参加朝鲜战争的决策过程产生了共同兴趣，从各种零星的材料中吃力地试图弄清楚周恩来 1950 年 10 月 8 日赴苏联与斯大林

讨论苏联空军援助和中国参战的行程，弄清楚周恩来此行究竟是带着参战的决定还是没有？为此，陈伟采访了周恩来此行的翻译师哲和机要秘书康一民，经师哲引荐，他还采访了周恩来的军事秘书、原总参作战部副部长雷英夫。但由于缺少完整的第一手档案资料，除了弄清楚周恩来的行程外，第二个问题还是一锅粥。所以，我们的第一次合作研究除了留下一批认真讨论的信件外，并没有成果发表。这一困扰冷战史学者的“世界性难题”，直到 1996 年俄罗斯方面档案公开才最终水落石出。

陈兄后来留学美国，就读华盛顿大学并获得电脑信息技术硕士学位，成为一位数据库高级技术主管。1992 年和 1994 年我两次赴美进修研究，都在华盛顿见到他。但 1998-2000 年间，我们的联系一度中断。1999 年秋 - 2000 年春，我在霍普金斯大学高级国际问题研究院作了一个学期的高级访问学者，太太和女儿同行，住在华盛顿远郊。2000 年秋，我们恢

复联系后，这才发现我们当时近在咫尺，住在同一个社区，我女儿琬洁和他女儿陈晨还在同一个学校上学。更令人不可思议的是，陈晨竟然曾无意中为琬洁当过英语翻译。那时，可怜的琬洁一句英文不懂，作数学作业时像国内一样把答案直接写在书上，老师比划半天她也不明白。老师只好请来高年级的陈晨，用中文向琬洁解释说，不要把答案直接作在书上，因为美国的教科书为学校所有，要传给下届学生。这虽然是戏剧性的巧合，但我宁愿把它看作是一种神秘的力量要我们的友谊延续到两个孩子身上。

陈兄不仅及时完成了他所承担的案例（就这一点，我就要深深地感谢他，因为他是在极其繁忙的工作之余，牺牲自己的休息时间完成这些写作的），而且审读了全部文稿，提出了极为宝贵的修订意见，同时他还对大到全书的整体构思、案例的选择，小到书名的确定、脚注的核对都作出了不可缺少的贡献。比如，他对我最初提出的“伟大判决”很不以为然，因为

Scott 案可以说是最高法院“最糟糕”的判决之一。这提醒我在案例的选择上不能仅仅着眼于“伟大”，而且要注意到“恶劣”。最高法院的大法官决非不食人间烟火的圣人，他们也像凡人一样会犯错误，而且因为特定的地位会犯大错误。

为了书中某个术语的翻译、某个概念的表述、某个段落的安排、某个引文的核对，陈兄在过去一年中给我打来了十几个周末越洋电话，我们常常一谈就是几个小时，直到电话卡用完为止。更不要说相互间的上百份电子邮件，无数次的稿件传送。由于文字处理系统的差异，我们在文稿修订方面费尽心机。他的认真态度实在是难能可贵。

同样，山东大学历史文化学院的白雪峰博士也给我友好的帮助。2001 年初夏，我参加了白雪峰的博士论文《沃伦法院研究》的答辩。这可能是国内第一篇以宪政史为题的美国史博士论文，写得相当扎实。白雪峰对沃伦法院处理的一些著名的公民自由和权

利的案件很有研究，在此基础上，他为本书贡献了三个精彩的案例故事。

这样一本小书还得到了两位资深美国宪政史学者的支持。2001 年 7 月，我和国内 15 位学者一起参加了 Hawaii 大学东西方中心、北京大学主办的“讲述美国和中国”讨论班。讨论班上，我结识了 City College of San Francisco （旧金山市立学院）社会科学教授、美国宪政史专家 Laurene Wu McClain（伍淑明）女士，向她请教了有些不易在书本上获得的美国司法程序和地方法院的知识。作为华裔教授，我很希望她能够为我的项目撰写一篇有关华人的案件，2002 年初她寄来《从受害者到胜利者》。接着，我希望她能再写一篇二战中日裔美国人受迫害的案子，她再次欣然同意，不过不是由她亲自来写，而是请她的丈夫、California 大学伯克利校区法学院法治史教授 Charles J.McClain 教授来撰写。Charles 教授还是该法学院法学和社会政策项目副主席（Vice

Chairman， Jurisprudence and Social Policy Program)，研究少数族裔宪法权利的专家。

中华美国学会会长、中国社会科学院美国研究所所长王缉思教授忙里偷思阅读了部份书稿，并针对书稿的若干不足提了意见，写出一篇精彩序言。他在文中对美国宪法宗教背景和自然权利观念的精辟分析，对书名中“宪政”一词的题解，使全书大为增色。至于序言中那“不识抬举”的戏言，也体现出作者特有谦虚和幽默。

这一项目设计的初期，王希教授提出了非常专业的意见。美国 South Illinois 大学历史系教授、2000-2001 年度在南京大学任教的富布莱特学者 Sam Pearson，对我所选择的案例提出过意见和建议。在此，表示我深深的谢意。

我还要特别感谢现任美国 Truman 总统图书馆馆长的 Michael Devine 博士。虽然他与这个项目没有任何直接的联系，但是，1998 - 1999 年度他在中

美文化研究中心任教期间我们之间进行的无数次长谈交流，不仅让我分享了他对美国政治、外交、社会等各种问题的深刻见解，而且促使我重新认识象牙塔内学院派历史学家（academic historian）的社会责任。作为 1999 - 2000 年度美国公共历史学家组织的主席，他给我讲述他是如何从一个只为同行而写作的学院派外交史学者，转变为一个以服务公众为己任公共历史学者（public historian）的个人经历。他讲故事的天才提醒我时刻不要忘记，只有生动的故事才会有鲜活的历史，才会吸引你的读者。

2002 年 4 月，在书稿的第二稿完成后，我有机会陪同 20 多位美国国会两院议员在上海、南京和北京考察交流一个星期。这些议员有一半是律师出身，与他们的交流使我受益非浅，让我对美国的法治文化有了进一步的体验。曾经担任过 Texas 最高法院法官的众议员 Lloyd Doggett，还和伍淑明教授一起为我写推荐信，帮我争取到 Ford 基金会北京办事处的小

额资助，使我能够在 2002 年夏去 Hawaii 东西方中心（East-West Center）客座研究四个星期，利用 Hawaii 大学的资料，借机对书稿进行最后的修改定稿。因此，我要感谢这些给予我帮助的机构和个人。

贵州人民出版社编辑程亦赤先生曾经对这一选题很感兴趣，并从出版的角度提出了一些有益的意见。遗憾的是，我根本无法在他所希望的时间表内完成编写工作。中国法制出版社社长祝立明先生对项目鼓励有嘉，促成本书的及时面世。对这两位编辑朋友，我非常感谢。

最后，我要感谢我的妻子吴耘和女儿琬洁。我把应该陪伴她们的几个寒暑假和许多其他休息时间都用来写作和修改书稿。她们对我的工作表示了充分理解，毫无怨言，一如既往。吴耘还以她理解英文的卓越能力，帮助我弄清楚一些最高法院判决中复杂的句式及其含义。

在现代学术体制，这个既没有正式“立项”亦无

任何机构直接“资助”的项目实在是微不足道。但敝帚自珍，想到它得到这么多海内外老友新朋的慷慨相助时，每每令我感动不已。朋友们的热情和友情，写作和编辑本身所具有的挑战性，以及这些故事所蕴藏的无限勇气、丰富哲理和超凡智慧，使这项工作成为我从未经历过的一次精神旅行，愉快无比，也使同期一些复杂繁琐的学术体制给我带来的种种不愉快统统消失得无影无踪。

在这一小项目即将完成之际，国家教育部将我申报的“联邦最高法院与美国法治的历史实践”列为教育部资助项目。这样，这本书最终还是没有逃脱现代学术体制的束缚，而成为资助项目的前期工作和阶段成果。

我真心希望，新的项目能够像这个“没有名分的项目”一样，带领我进行一次新的、更为愉快的精神旅行。

任东来　2002 年 7 月 1 日于夏威夷东西方中心

附录一

美国《独立宣言》

一七七六年七月四日大陆会议，美利坚十三个联合邦一致通过的宣言

在有关人类事务的发展过程中，当一个民族必须解除其和另一个民族之间的政治联系，并在世界各国之间依照自然法则和自然神明取得独立和平等的地位时，出于对人类公意的尊重，必须宣布他们不得不独立的原因。

我们认为下面这些真理是不言而喻的：造物者创造了平等的个人，并赋予他们若干不可剥夺的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保

障这些权利，人们才在他们之间建立政府，而政府之正当权力则来自被统治者的同意。任何形式的政府只要破坏上述目的，人民就有权利改变或废除它，并建立新政府；新政府赖以奠基的原则，得以组织权力的方式，都要最大可能地增进民众的安全和幸福。

的确，从慎重考虑，不应当由于轻微和短暂的原因而改变成立多年的政府。过去的一切经验也都说明，任何苦难，只要尚能忍受，人类都宁愿容忍，而无意废除他们久已习惯了的政府来恢复自身的权益。但是，当政府一贯滥用职权、强取豪夺，一成不变地追逐这一目标，足以证明它旨在把人民置于绝对专制统治之下时，那么，人民就有权利也有义务推翻这个政府，并为他们未来的安全建立新的保障——这就是这些殖民地过去逆来顺受的情况，也是它们现在不得不改变以前政府制度的原因。

当今大不列颠国王的历史是一再损人利己和强取豪夺的历史，所有这些暴行的直接目的，就是想在

这些邦建立一种绝对的暴政。为了证明所言属实，现把下列事实向公正的世界宣布：

他拒绝批准对公众利益最有益、最必要的法律。

他禁止他的总督们批准急需和至关重要的法律，要不就把这些法律搁置起来等待他的同意；一旦这些法律被搁置起来，他就完全置之不理。

他拒绝批准允许将广大地区供民众垦殖的其他法律，除非那些人民情愿放弃自己在立法机关中的代表权，但这种权利对他们有无法估量的价值。只有暴君才畏惧这种权利。

他把各地立法机构召集到既不方便、也不舒适且远离公文档案保存地的地方去开会，其唯一的目的是使他们疲于奔命，顺从他的意旨。

他一再解散各殖民地的议会，因为它们坚定果敢地反对他侵犯人民的各项权利。在解散各殖民地议会后，他又长时间拒绝另选新议会。但立法权是无法被取消的，因此这项权力已经回到广大人民手中并由他

们来行使。其时各邦仍然险象环生，外有侵略之患，内有动乱之忧。

他竭力抑制各殖民地增加人口，为此，他阻挠《外国人归化法律》的通过，拒绝批准其他鼓励外国人移居各邦的法律，并提高分配新土地的条件。

他拒绝批准建立司法权力的法律，借以阻挠司法公正。

他控制了法官的任期、薪金数额和支付，从而让法官完全从属于他个人的意志。

他建立多种新的衙门，派遣蝗虫般多的官员骚扰我们人民，并蚕食民脂民膏。

在和平时期，未经我们立法机关的同意，他就在我们中间驻扎常备军。他使军队独立于民政权力之外，并凌驾于民政权力之上。

他同一些人勾结，把我们置于一种与我们的体制格格不入且不为我们的法律认可的管辖之下。他还批准这些人炮制的假冒法案，来到达下述目的：在我们

这里驻扎大批武装部队；用假审讯来包庇他们，使那些杀害我们各邦居民的谋杀者逍遥法外；切断我们同世界各地的贸易；未经我们同意便向我们强行征税；在许多案件中剥夺我们享有陪审团的权益；编造罪名把我们递解到海外去受审；在一个邻近地区废除英国法律的自由制度，在那里建立专横政府，并扩大它的疆界，企图使之迅即成为一个样板和得心应手的工具，以便向这里的各殖民地推行同样的专制统治；取消我们的特许状，废除我们最宝贵的法律，并且从根本上改变了我们的政府形式；中止我们自己的立法机构，宣称他们自己在任何情况下都有权为我们立法。

他宣布我们已不在他的保护之下，并向我们开战，从而放弃了这里的政权。

他在我们的海域大肆掠夺，蹂躏我们的海岸，焚烧我们的市镇，残害我们人民的生命。此时他正在运送大批外国佣兵来完成屠杀、破坏和肆虐的勾当，这种勾当早就开始，其残酷卑劣甚至在最野蛮的时代也

难出其右。他完全不配做一个文明国家的元首。

他强迫在公海被他俘虏的我们公民同胞充军，反对自己的国家，成为残杀自己朋友和亲人的刽子手，或是死于自己朋友和亲人的手下。

他在我们中间煽动内乱，并且竭力挑唆那些残酷无情的印第安人来杀掠我们边疆的居民。众所周知，印第安人的作战方式是不分男女老幼，一律格杀勿论。

在这些压迫的每一阶段中，我们都曾用最谦卑的言辞请求救济，但我们一再的请愿求所得到的答复却是一再的伤害。这样一个君主，在其品格已打上了可以看作是暴君行为的烙印时，便不配做自由人民的统治者。

我们不是没有顾念我们英国的弟兄。我们一再警告过他们，他们的立法机关企图把无理的管辖权横加到我们的头上。我们也提醒过他们，我们移民并定居来这里的状况。我们曾经呼唤他们天生的正义感和侠肝义胆，我们恳切陈词，请他们念在同文同种的份上，

弃绝这些必然会破坏我们彼此关系和往来的无理掠夺。对于这种来自正义和基于血缘的呼声，他们却也同样置若罔闻。迫不得已，我们不得不宣布和他们分离。我们会以对待其他民族一样的态度对待他们：战时是仇敌，平时是朋友。

因此，我们，集合在大陆会议下的美利坚联合邦的代表，为我们各项正当意图，吁请全世界最崇高的正义：以各殖民地善良人民的名义并经他们授权，我们极为庄严地宣布，这些联合一致的殖民地从此成为而且是名正言顺地成为自由和独立的国家；它们解除效忠英国王室的一切义务，它们和大不列颠国家之间的一切政治关系从此全部断绝，而且必须断绝；作为自由独立的国家，它们完全有权宣战、媾和、结盟、通商和采取独立国家理应采取和处理的一切行动和事宜。

为了强化这篇宣言，我们怀着深信神明保佑的信念，谨以我们的生命、财富和神圣的荣誉，相互保证，

共同宣誓。

（任东来按：受李道揆教授文章[李道揆："美国《独立宣言》中文本译文的问题及改进建议"，《美国研究》，2001 年第 2 期]的提示，结合自己目前进行的研究，笔者不揣冒昧，在《美国历史文献选集》的译文[中国翻译出版公司翻译，美国驻华大使馆新闻文化处出版，1985 年]和《1765——1917 年的美国》的译文[谢德风等选译，北京三联书店，1957 年]基础上，试着重译《独立宣言》。现拿出来，供各位学者专家批评指正。）

美国《独立宣言》英文原文

THE DECLARATION OF INDEPENDENCE

July 4， 1776

In Congress， July 4， 1776，

THE UNANIMOUS DECLARATION OF THE THIRTEEN UNITED STATES OF AMERICA

When in the Course of human events， it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another ,and to assume among the Powers

of the earth， the separate and equal station to which the Laws of Nature and of Nature's God entitle them， a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation.

We hold these truths to be self-evident，that all men are created equal，that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights，that among these are Life，Liberty， and the pursuit of Happiness.

That to secure these rights， Governments are instituted among Men，deriving their just powers from the consent of the governed.

That whenever any Form of Government

becomes destructive of these ends , it is the Right of the People to alter or to abolish it , and to institute new Government , laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form , as to the m shall seem most likely to effect their Safety and Happiness. Prudence , indeed , will dictate that Governments long established should not be changed for light and transient causes ; and accordingly all experience hath shown , that mankind are more disposed to suffer , while evils are sufferable , than to right themselves by abolishing the forms to which they are accustomed. But when a long train of abuses and usurpations , pursuing invariably the same Object , evinces a design to reduce them under absolute Des potism , it is their right , it is their

duty， to throw off such Government， and to provide new Guards for their future security.

Such has been the patient sufferance of these Colonies； and such is now the necessity which constrains them to alter their former Systems of Government. The history of the present King of Great Britain is a history of repeated injuries and usurpations，all having in direct object the establishment of an absolute Tyranny over these States. To prove this， let Facts be submitted to a candid world.

He has refused his Assent to Laws， the most wholesome and necessary for the public good.

He has forbidden his Governors to pass Laws of immediate and pressing importance , unless suspended in their operation till his Assent should be obtained ; and when so suspended , he has utterly neglected to attend to them.

He has refused to pass other Laws for the accommodation of large districts of people , unless those people would relinquish the right of Representation in the Legislature , a right inestimable to them and formidable to tyrants only.

He has called together legislative bodies at places unusual , uncomfortable , and distant from the depository of their public Records , for

the sole purpose of fatiguing them into compliance with his measures.

He has dissolved Representative Houses repeatedly， for opposing with manly firmness his invasions on the rights of the people.

He has refused for a long time， after such dissolutions， to cause others to be elected； whereby the Legislative powers， incapable of Annihilation , have returned to the People at large for their exercise； the State remaining in the mean time exposed to all the dangers of invasion from without，and convulsions within.

He has endeavoured to prevent the population of these States； for that purpose

obstructing the Laws of Naturalization of Foreigners ; refusing to pass others to encourage their migrations hither , and raising the conditions of new Appropriations of Lands .

He has obstructed the Administration of Justice , by refusing his Assent to Laws for establishing Judiciary powers.

He has made Judges dependent on his Will alone , for the tenure of their offices , and the amount and payment of their salaries.

He has erected a multitude of New Offices , and sent hither swarms of Officers to harass our People , and eat out their substance.

He has kept among us， in times of peace，Standing Armies without the Consent of our legislatures.

He has affected to render the Military independent of and superior to the Civil power.

He has combined with others to subject us to a jurisdiction foreign to our constitution，and unacknowledged by our laws； giving his Assent to their Acts of pretended Legislation：

For quartering large bodies of armed troops among us：

For protecting them， by a mock Trial，from Punishment for any Murders which they

should commit on the Inhabitants of these States :

For cutting off our Trade with all parts of the world :

For imposing Taxes on us without our Consent :

For depriving us in many cases , of the benefits of Trial by Jury :

For transporting us beyond Seas to be tried for pretended offences :

For abolishing the free System of English Laws in a neighbouring Province , establishing

therein an Arbitrary government , and enlarging its Boundaries so as to render it at once an example and fit instrument for introducing the same absolute rule into t hese Colonies :

For taking away our Charters , abolishing our most valuable Laws , and altering fundamentally the Forms of our Governments :

For suspending our own Legislatures , and declaring themselves invested with power to legislate for us in all cases whatsoever.

He has abdicated Government here , by declaring us out of his Protection and waging War against us.

He has plundered our seas , ravaged our Coasts , burnt our towns , and destroyed the Lives of our people.

He is at this time transporting large armies of foreign mercenaries to compleat the works of death , desolation and tyranny , already begun with circumstances of Cruelty & perfidy scarcely paralleled in the most barbarous ages , and totally unworthy the H ead of a civilized nation.

He has constrained our fellow Citizens taken Captive on the high Seas to bear Arms against their Country , to become the executioners of their friends and Brethren , or

to fall themselves by their Hands.

He has excited domestic insurrections amongst us , and has endeavoured to bring on the inhabitants of our frontiers , the merciless Indian Savages , whose known rule of warfare , is an undistinguished destruction of all ages , sexes and conditions.

In every stage of these Oppressions We have Petitioned for Redress in the most humble terms : Our repeated Petitions have been answered only by repeated injury. A Prince , whose character is thus marked by every act which may define a Tyrant , is unfit to be the ruler of a free people.

Nor have We been wanting in attention to our British brethren. We have warned them from time to time of attempts by their legislature to extend an unwarrantable jurisdiction over us. We have reminded them of the circumstances of our emigration and sett lement here. We have appealed to their native justice and magnanimity , and we have conjured them by the ties of our common kindred to disavow these usurpations , which would inevitably interrupt our connections and correspondence. They too have been deaf t o the voice of justice and of consanguinity. We must , therefore , acquiesce in the necessity , which denounces our Separation , and hold them , as we hold the rest of mankind , Enemies in War , in Peace Friends.

We， therefore， the Representatives of the united States of America， in General Congress， Assembled， appealing to the Supreme Judge of the world for the rectitude of our intentions， do， in the Name， and by Authority of the good People of these Colonies， solemnly publish and declare， That these United Colonies are， and of Right ought to be Free and Independent States； that they are Absolved from all Allegiance to the British Crown， and that all political connection between them and the State of Great Bri tain， is and ought to be totally dissolved； and that as Free and Independent States， they have full Power to levy War， conclude Peace，contract Alliances， establish Commerce， and to do all

other Acts and Things which Independent States may of right do. An d for the support of this Declaration， with a firm reliance on the Protection of Divine Providence， we mutually pledge to each other our Lives， our Fortunes and our sacred Honor.

JOHN HANCOCK， President

Attested，CHARLES THOMSON，Secretary

New Hampshire： JOSIAH BARTLETT，WILLIAM WHIPPLE， MATTHEW THORNTON

Massachusetts-Bay： SAMUEL ADAMS，JOHN ADAMS， ROBERT TREAT PAINE，ELBRIDGE GERRY

Rhode Island： STEPHEN HOPKINS， WILLIAM ELLERY

Connecticut：ROGER SHERMAN，SAMUEL HUNTINGTON， WILLIAM WILLIAMS， OLIVER WOLCOTT

Georgia： BUTTON GWINNETT， LYMAN HALL， GEO. WALTON

Maryland： SAMUEL CHASE， WILLIAM PACA， THOMAS STONE， CHARLES CARROLL OF CARROLLTON

Virginia： GEORGE WYTHE， RICHARD HENRY LEE，THOMAS JEFFERSON，BENJAMIN

HARRISON，THOMAS NELSON，JR.，FRANCIS LIGHTFOOT LEE， CARTER BRAXTON.

New York： WILLIAM FLOYD， PHILIP LIVINGSTON，FRANCIS LEWIS，LEWIS MORRIS

Pennsylvania： ROBERT MORRIS，BENJAMIN RUSH， BENJAMIN FRANKLIN，JOHN MORTON， GEORGE CLYMER， JAMES SMITH， GEORGE TAYLOR， JAMES WILSON，GEORGE ROSS

Delaware： CAESAR RODNEY， GEORGE READ， THOMAS M'KEAN

North Carolina： WILLIAM HOOPER，JOSEPH HEWES， JOHN PENN

South Carolina： EDWARD RUTLEDGE， THOMAS HEYWARD， JR.， THOMAS LYNCH， JR.，ARTHUR MIDDLETON

New Jersey： RICHARD STOCKTON， JOHN WITHERSPOON， FRANCIS HOPKINS， JOHN HART， ABRAHAM CLARK

Prepared by Gerald Murphy （The Cleveland Free-Net - aa300）

Distributed by the Cybercasting Services Division of the National Public Telecomputing



Network （NPTN）。

附录二

美利坚合众国宪法及修正案

美利坚合众国宪法

我们合众国人民，为建立一个更完善的联邦，树立正义，保障国内安宁，规划共同防务，促进公共福利，并使我们自己和后代得享自由之赐福，特为美利坚合众国制定和确立本宪法。

第一条第一款　本宪法所授予的全部立法权，均属于由参议院和众议院组成的合众国国会。

第二款〔一〕众议院由各州人民每两年选举产生

的众议员组成。每个州的选举人须具备该州州议会人数最多一院选举人所必需的资格。

〔二〕凡年龄不满 25 岁，成为合众国公民不满 7 年，在一州当选时不是该州居民者，不得担任众议员。

〔三〕众议员名额和直接税税额，应按本联邦内各州的人口比例进行分配。各州人口数，按自由人总数加所有其他人口的 3/5 予以确定。自由人总数包括按契约服一定年限劳役的人，但不包括未被征税的印第安人。人口的实际统计在合众国国会第一次会议后 3 年内和此后每 10 年，依法律规定的方式进行。每 3 万人选出的众议员人数不得超过 1 名，但每州至少须有 1 名众议员。在进行上述人口统计以前，新罕布什尔州有权选出 3 名，马萨诸塞州 8 名，罗得岛州和普罗维登斯种植园 1 名，康涅狄格州 5 名，纽约州 6 名，新泽西州 4 名，宾夕法尼亚州 8 名，特拉华州 1 名，马里兰州 6 名，弗吉尼亚州 10 名，北卡罗来纳

州 5 名，南卡罗来纳州 5 名，佐治亚州 3 名。

〔四〕任何一州代表出现缺额时，该州行政当局应发布选举令，以选出众议员填补此项缺额。

〔五〕众议院选举本院议长和其他官员，唯众议院有弹劾权。

第三款〔一〕合众国参议院由每州州议会选出的两名参议员组成，任期 6 年；每名参议员有 1 票表决权。

〔二〕参议员在第一次选举后集会时，应即分为人数尽可能相等的 3 个组。第一组参议员席位在第二年年终空出，第二组参议员席位在第四年年终空出，第三组参议员席位在第六年年终空出，以便每 2 年得改选 1/3 的参议员。在任何一州州议会休会期间，如因辞职或其他原因而出现缺额时，该州行政长官在州议会下次集会填补此项缺额前，得任命临时参议员。

〔三〕凡年龄不满 30 岁，成为合众国公民不满 9 年，在一州当选时不是该州居民者，不得担任参议

员。

〔四〕合众国副总统任参议院议长，但除非参议员投票时赞成票和反对票相等，无表决权。

〔五〕参议院选举本院其他官员，并在副总统缺席或行使合众国总统职权时选举一名临时议长。

〔六〕唯参议院有审判一切弹劾案之权。为此目的而开庭时，全体参议员俱应宣誓或作代誓宣言。合众国总统受审时，最高法院首席大法官主持审判。无论何人，非经出席参议员 2/3 人数的同意，不得被定罪。

〔七〕弹劾案的判决，以免职和剥夺担任及享有合众国属下有荣誉、有责任或有报酬的职务之资格为限。但被定有罪者，仍得依法受起诉、审理、判决和惩罚。

第四款〔一〕举行参议员和众议员选举的时间、地点与方式，在每州由该州议会规定。但除选举参议员的地点外，国会得随时以法律制定或改变这类规定。

〔二〕国会每年应至少开会一次，除非国会以法律另行规定日期，此会议在十二月第一个星期一举行。

第五款〔一〕参众两院应自行审查本院议员的选举、选举结果报告和议员资格。每院议员出席人数过半数，即构成议事的法定人数，但不足法定人数时，得逐日延期开会，并有权按本院规定的方式和罚则，强迫缺席议员出席会议。

〔二〕参众两院得规定本院议事规则，惩罚本院扰乱秩序的议员，并经 2/3 议员的同意开除议员。

〔三〕参众两院都应保存本院议事录，并随时公布，但它认为需要保密的部分除外。每院议员对于任何问题的赞成和反对，如出席议员中有 1/5 的人提出要求，亦应载入本院议事录中。

〔四〕在国会开会期间，任何一院，未经另一院同意，不得休会 3 日以上，也不得迁移到两院举行集会以外的其他任何地点。

第六款〔一〕参议员和众议员应得到服务的报酬，

这种报酬由法律确定，从合众国国库支付。两院议员，除犯叛国罪、重罪和妨害治安罪外，在一切情况下都享有在出席各自议院会议期间和往返于各自议院途中不受逮捕的特权。他们不得因在各自议院发表的演说或进行的辩论而在任何其他地方受到质问。

〔二〕参议员或众议员在当选任期内，概不得被任命担任在此期间设置或增薪的合众国管辖下的任何文官职务。凡在合众国下供职者，在继续任职期间不得担任任何一院议员。

第七款〔一〕一切征税议案应首先在众议院提出，但参议院得以处理其他议案的方式，提出修正案或表示赞同。

〔二〕众议院和参议院通过的每一议案，在成为法律前须送交合众国总统。总统如批准该议案，应即签署；如不批准，则应将该议案连同其反对意见退回最初提出该议案的议院。该院应将此项反对意见详细载入本院议事录并进行复议。如亦经复议后，该院

2/3 议员同意通过该议案，则将该议案连同反对意见一起送交另一议院，该院同样地进行复议，如亦经该院 2/3 议员赞同，该议案即成为法律。但在所有这类情况下，两院表决都由赞成票和反对票决定；对该议案投赞成票和反对票的议员姓名应分别载入每一议院议事录。如任何议案在送交总统后 10 日内（星期日除外）未经总统退回，该议案如同总统已签署一样，即成为法律，除非因国会休会而使该议案不能退回，在此种情况下，该议案不能成为法律。

〔三〕凡须由参议院和众议院两院同意的每项命令、决议或表决（关于休会问题除外），均须送交合众国总统。该项命令、决议或表决必须由总统批准后方可生效；如总统不批准，则必须按照关于议案所规定的规则和限制，由参议院和众议院议员各以 2/3 多数重新通过后生效。

第八款国会有权：

〔一〕赋课并征收直接税、间接税、关税与国产

税，以偿付国债和规划合众国共同防务与公共福利，但所征各种税收、关税与国产税应全国统一；〔二〕以合众国之信用借款；〔三〕管理同外国的、各州之间的和同各印第安部落的贸易；〔四〕制定合众国全国统一的归化条例和破产法；〔五〕铸造货币，厘定本国货币和外国货币的价值，并确定度量衡的标准；〔六〕规定有关伪造合众国证券和通行货币的惩罚条例；〔七〕设立邮政局和修建邮政道路；〔八〕保障著作家和发明家对各自著作和发明在一定期限内的专有权利，以促进科学和实用艺术之进步；〔九〕设立最高法院之下的各级法院；〔十〕界定和惩罚海盗罪和在公海上所犯的重罪以及违反国际法的犯罪行为；〔十一〕宣战，颁发捕获敌船许可状，制定关于陆上和水上俘获物的条例；〔十二〕招募陆军并供给军需，但此项用途的拨款期限不得超过两年；〔十三〕建立和维持一支海军；〔十四〕制定统辖和管理陆海军的条例；〔十五〕规定征召民兵，以执行联邦法律、镇

压叛乱和击退入侵；〔十六〕规定民兵的组织、装备和纪律，规定用来为合众国服役的那些民兵的统辖事宜，但民兵军官的任命和按国会规定纪律训练民兵的权力，由各州保留；〔十七〕对于由某些州让与合众国、经国会接受而成为合众国政府所在地的地区（不得超过 10 平方英里），在一切事项中都行使专有立法权；对于经州议会同意，由合众国在该州购买的用于建造要塞、弹药库、兵工厂、船场和其他必要建筑物的一切地方，亦行使同样的权力；〔十八〕制定为执行上述各项权力和由本宪法授予合众国政府或其任何部门或官员的一切其他权力所必要而适当的各项法律。

第九款〔一〕现有任何一州认为得准予入境之人的迁移或入境，在 1808 年以前，国会不得加以禁止，但对此种人的入境，得课以每人不超过 10 元的税金或关税。

〔二〕不得中止人身保护状之特权，除非发生内

乱或外患时公共安全要求中止这项特权。

〔三〕不得通过公民权利剥夺法案或追溯既往的法律。

〔四〕除依本宪法上文规定的人口普查或统计的比例，不得征收人头税或其他直接税。

〔五〕对于从任何一州输出的货物，均不得征收税金或关税。

〔六〕任何商业或税收条例，都不得给予一州港口以优惠于他州港口的待遇；开往某州或从某州开出的船舶，不得被强令在他州报关、结关或交纳关税。

〔七〕除根据法律规定的拨款外，不得从国库提取款项。一切公款收支的定期报告和帐目，应经常公布。

〔八〕合众国不得授予任何贵族爵位。凡在合众国下担任任何有报酬或有责任之职务者，未经国会同意，不得从任何国王、君主或外国接受任何礼物、报酬、官职或任何一种爵位。

第十款〔一〕任何一州都不得：缔结任何条约，参加任何同盟或邦联；颁发捕获敌船许可状；铸造货币；发行信用券；使用金银币以外的任何物品作为偿还债务的法定货币；通过任何公民权利剥夺法案、追溯既往的法律或损害契约义务的法律；或授予任何贵族爵位。

〔二〕任何一州，未经国会同意，不得对进出口货物征收任何进口税或关税，但为执行本州检查法所绝对必要者，不在此限。任何一州对进出口货物所征全部关税和进口税的纯收益均应充作合众国国库之用；所有这类法律得由国会加以修正和监督。

〔三〕任何一州，未经国会同意，不得征收任何船舶吨位税，不得在和平时期保持军队或战舰，不得与他州或外国缔结协定或盟约，除非实际遭到入侵或遇刻不容缓的紧迫危险时，亦不得交战。

第二条第一款〔一〕行政权属于美利坚合众国总

统。总统之任期为 4 年，副总统的任期与总统的任期相同。总统和副总统按以下程序选举：

〔二〕每个州依照本州议会所定方式选派若干选举人，其数目同该州在国会应有的参议员和众议员总人数相等。但参议员和众议员，以及在合众国属下担任有责任或有报酬职务的人，不得被选派为选举人。

〔三〕选举人在各自州内集合，投票选举两人，其中必须至少有一人不是选举人本州的居民。选举人须造具名单，写明所有被选人和每人所得票数，并在该名单上签名作证，然后将封印后的名单送合众国政府所在地，交参议院议长收。参议院议长在参议院和众议院全体议员面前开拆所有证明书，然后计算票数。得票最多的人，如所得票数超过所选派选举人总数的半数，即为总统。如获得此种过半数票的人不止一人，且得票相等，众议院应立即投票选举其中一人为总统。如无人获得过半数票，该院应以同样方式从名单上得票最多的 5 人中选举 1 人为总统。但选举总统时，以

州为单位计票，每州全体代表有一票表决权；2/3 的州各有一名或多名众议员出席，即构成选举总统的法定人数。当选总统需要所有州都计算在内的过半数票。在每种情况下，总统选出后，得选举人票最多者，即为副总统。但如果有两人或两人以上得票相等，由参议院投票选举其中一人为副总统。

〔四〕国会得确定选出选举人的时间和选举人投票日期，该日期须全国一致。

〔五〕无论何人，凡属非本土出生的公民或在本宪法采用时非为合众国公民者，概不得当选为总统；凡年龄不满 35 岁、在合众国境内居住不满 14 年者，也不得当选为总统。

〔六〕如遇总统被免职、死亡、辞职或丧失履行总统职务之权力和责任的能力时，应由副总统承接总统职务。对于总统和副总统两人均被免职、死亡、辞职或丧失履行职务之能力的情况，国会得作出法律规定，宣布应代理总统的官员。该官员应代理总统直到

总统恢复任职能力或新总统选出为止。

〔七〕总统在规定的时间内，应得到服务报酬，此项报酬在其当选担任总统任期内不得增加或减少。总统在任期内不得接受合众国或任何一州的任何其他报酬。

〔八〕总统在开始执行职务前，须作如下宣誓或代誓宣言："我庄严宣誓（或郑重声明），我一定忠实执行合众国总统职务，竭尽全力贯彻、保护和捍卫合众国宪法。"

第二款〔一〕总统为合众国陆海军和奉调为合众国服现役的各州民兵的总司令。总统得令各行政部门长官就他们各自职责有关的任何事项提出书面意见。他有权对危害合众国的犯罪行为颁赐缓刑和赦免，但弹劾案除外。

〔二〕总统经咨询参议院并取得其同意，有权缔结条约，但须有出席参议员总数的 2/3 表示赞成。总统提出人选，经咨询参议院和取得其同意后任命大使、

公使和领事、最高法院法官以及任命手续未由本宪法另行规定而应由法律规定的合众国所有其他官员。但国会认为适当时，得以法律将这类较低级官员的任命权授予总统一人、法院或各部部长。

〔三〕总统有权委任人员填补在参议院休会期间可能出现的官员缺额，但这些委任需于参议院下期会议结束时期满。

第三款总统应经常向国会报告联邦情况，并向国会提出他认为必要而妥善的措施供国会审议。在非常情况下，总统得召集两院或任何一院开会。如遇两院对休会时间有意见分歧时，他可令两院休会到他认为适当的时间。总统接见大使和其他使节；负责使法律切实执行，并委任合众国的所有官员。

第四款总统、副总统和合众国的所有文职官员，因叛国、贿赂或其他重罪与轻罪而受弹劾并被定罪时，应予免职。

第三条第一款合众国的司法权，属于最高法院和国会可不时规定和设立的下级法院。最高法院和下级法院的法官如行为端正，得继续任职，并应在规定的时间得到服务报酬，此项报酬在他们继续任职期间不得减少。

第二款〔一〕司法权的适用范围包括：由于本宪法、合众国法律和根据合众国权力已缔结或将缔结的条约而产生的有关普通法和衡平法的一切案件；涉及大使、公使和领事的一切案件；关于海事法和海事管辖权的一切案件；合众国为一方当事人的诉讼；两个或两个以上州之间的诉讼；一州和他州公民之间的诉讼；⑧不同州公民之间的诉讼；同州公民之间对不同州转让与土地的所有权的诉讼；一州或其公民同外国或外国公民或臣民之间的诉讼。

〔二〕涉及大使、公使和领事以及一州为一方当事人的一切案件，最高法院有初审管辖权。对上述所有其他案件，不论法律方面还是事实方面，最高法院

有上诉管辖权，但须依照国会所规定的例外和规章。

〔三〕除弹劾案外，一切犯罪皆由陪审团审判；此种审判应在犯罪发生的州内举行；但如犯罪不发生在任何一州之内，审判应在国会以法律规定的一个或几个地点举行。

第三款〔一〕对合众国的叛国罪只限于同合众国作战，或依附其敌人，给予其敌人以帮助和支援。无论何人，除根据两个证人对同一明显行为的作证或本人在公开法庭上的供认，不得被定为叛国罪。

〔二〕国会有权宣告对叛国罪的惩罚，但对因叛国罪而被褫夺公民权的人，除非其仍在世，不得褫夺其继承财产的权利，亦不得没收其财产。

第四条第一款每个州对于其他各州的公共法令、案卷和司法程序，应给予充分信任和尊重。国会得以一般法律规定证明这类法令、案卷和司法程序的方式和规定它们所具有的效力。

第二款〔一〕每个州的公民享有各州公民的一切特权和豁免权。

〔二〕在任何一州被控告犯有叛国罪、重罪或其他罪行的人，如逃脱该州法网而在他州被寻获时，应根据他所逃出之州行政当局的要求将他交出，以便解送到对犯罪行为有管辖权的州。

〔三〕根据一州法律须在该州服劳役或劳动的人，如逃往他州，不得因他州的法律或规章而免除此种劳役或劳动，而应根据有权得到此劳役或劳动之当事人的要求将该人交出。

第三款〔一〕新州得由国会接纳加入本联邦；但不得在任何其他州的管辖范围内组成或建立新州；未经有关州议会和国会的同意，也不得将两个或两个以上的州合并或将几个州的一部分合并组成新州。

〔二〕对于属于合众国的领土或其他财产，国会有权处置和制定一切必要的条例和规章。对本宪法条文不得作有损于合众国或任何一州的任何权利的解

释。

第四款合众国保证本联邦各州实行共和政体，保护各州免遭入侵；并应州议会或州行政长官（在州议会不能召集时）之请求平定内乱。

第五条国会在两院各有三分之二议员认为必要时，应提出本宪法的修正案；又如有各州三分之二州议会提出请求，亦应召开制宪会议提出修正案。不论哪种方式提出的修正案，经各州四分之三州议会或四分之三州制宪会议的批准，即实际成为本宪法之一部分而发生效力；具体采用这两种批准方式中的哪一种，得由国会提出建议。〔但在一千八百零八年以前制定的修正案，不得以任何形式影响本宪法第一条第九款第一项和第四项；〕任何一州，未经其同意，它在参议院的平等投其权不得被剥夺。

第六条〔一〕本宪法正式通过前订立的一切债务

和承担的一切义务，对于实行本宪法的合众国仍然有效，一如邦联时期。

〔二〕本宪法和依本宪法所制定的合众国法律，以及根据合众国的权力已缔结或将缔结的一切条约，都是全国的最高法律；每个州的法官都应受契约束，即使州的宪法和法律中有与之相抵触的内容。

〔三〕前面提到的参议员和众议员，各州州议会议员，以及合众国和各州所有行政和司法官员，应宣誓和作代誓宣言拥护本宪法；但决不得以宗教宣誓作为担任合众国属下任何官职或公职之条件。

第七条经 9 个州制宪会议的批准，即足以使本宪法在各批准州成立。

本宪法于公元 1787 年，即美利坚合众国独立后第 12 年的 9 月 17 日，经出席制宪会议的各州在会上一致同意后制定。我们谨在此签名作证。

主席、弗吉尼亚州代表乔治。华盛顿新罕布什尔州马斯。米夫林约翰。兰登罗伯特。莫里斯尼古拉斯。吉尔曼乔治。克莱默马萨诸塞州 托马斯。菲茨西蒙斯纳撒尼尔。戈尔曼贾雷德。英格索尔鲁弗斯。金詹姆斯。威尔逊康涅狄格州古。莫里斯威廉。塞缪尔。约翰逊特拉华州乔治。里德罗杰。谢尔曼小冈宁。贝德福德纽约州雅各布。布鲁姆亚历山大。汉密尔顿理查德。巴西特新泽西州约翰。迪金森威廉。利文斯顿马里兰州戴维。布里尔利詹姆斯。麦克亨利威廉。帕特森圣托马斯。詹尼弗的乔纳森。戴顿丹尼尔。卡罗尔宾夕法尼亚州本杰明。富兰克林约翰。布莱尔弗吉尼亚州约翰。拉特利奇小詹姆斯。麦迪逊查尔斯。科茨沃斯。平克尼北卡罗来纳州威廉。布朗特查尔斯。平克尼理查德。多公斯。斯皮尔斯。巴特尼佩特。休。威廉森佐治亚州威廉。费尤南卡罗来纳州亚伯拉罕。鲍德温

按照宪法第五条，由国会提出并经各州批准的增添和修改美利坚合众国宪法的条款。

第一条修正案〔1791〕国会不得制定关于下列事项的法律：确立国教或禁止宗教活动自由；限制言论自由或出版自由；或剥夺人民和平集会和向政府请愿申冤的权利。

第二条修正案〔1791〕纪律严明的民兵是保障自由州的安全所必需的，因此人民持有和携带武器的权利不得侵犯。

第三条修正案〔1791〕在和平时期，未经房主

同意，士兵不得在民房驻扎；除依法律规定的方式，战时也不允许如此。

第四条修正案〔1791〕人民的人身、住宅、文件和财产不受无理搜查和扣押的权利，不得侵犯。除依照合理根据，以宣誓或代誓宣言保证，并具体说明搜查地点和扣押的人或物，不得发出搜查和扣押状。

第五条修正案〔1791〕无论何人，除非根据大陪审团的报告或起诉，不得受判处死罪或其他不名誉罪行之审判，惟发生在陆、海军中或发生在战时或出现公共危险时服现役的民兵中的案件，不在此限。任何人不得因同一罪行为而两次遭受生命或身体的危害；不得在任何刑事案件中被迫自证其罪；不经正当法律程序，不得被剥夺生命、自由或财产。不给予公平赔偿，私有财产不得充作公用。

第六条修正案〔1791〕在一切刑事诉讼中，被告享有下列权利：由犯罪行为发生地的州和地区的公正陪审团予以迅速而公开的审判，该地区应事先已由法律确定；得知被控告的性质和理由；同原告证人对质；以强制程序取得对其有利的证人；取得律师帮助为其辩护。

第七条修正案〔1791〕在普通法的诉讼中，其争执价值超过 20 元，由陪审团审判的权利应受到保护。由陪审团裁决的事实，合众国的任何法院除非按照普通法规则，不得重新审查。

第八条修正案〔1791〕不得要求过多的保释金，不得处以过重的罚金，不得施加残酷和非常的惩罚。

第九条修正案〔1791〕本宪法对某些权利的列举，不得被解释为否定或忽视由人民保留的其他权利。

第十条修正案〔1804〕本宪法未授予合众国、也未禁止各州行使的权力，保留给各州行使，或保留给人民行使之。

第十一条修正案〔1798〕合众国的司法权，不得被解释为可以扩展到受理由他州公民或任何外国公民或臣民对合众国一州提出的或起诉的任何普通法或衡平法的诉讼。

第十二条修正案〔1791〕选举人在各自州内集会，投票选举总统和副总统，其中必须至少有一人不是选举人所属州的居民。选举人须在选票上写明被选为总统之人的姓名，并在另一选票上写明被选为副总统之人的姓名。选举人须将所有被选为总统之人和所有被选为副总统之人分别开列名单，写明每人所得票数，并在该名单上签名作证，然后封印送合众国政府

所在地，呈参议院议长。参议院议长在参议院和众议院全体议员面前开拆所有证明书，然后计算票数。获得总统选票最多的人，如所得票数超过所选派选举人总数的半数，即为总统。如无人获得这种过半数票，众议院应立即从被选为总统之人名单中得票最多的但不超过 3 人中间，投票选举总统。但选举总统时，以州为单位计票，每州全体代表有一票表决权。2/3 的州各有一名或多名众议员出席，即构成选举总统的法定人数，决选总统需要所有州的过半数票。〔当选举总统的权力转移到众议院时，如该院在次年 3 月 4 日前尚未选出总统，则由副总统代理总统，如同总统死亡或宪法规定的其他丧失任职能力的情况一样。〕得副总统选票最多者，如所得票数超过所选派选举人总数的半数，即为副总统，如无人得票超过半数，参议院应从名单上得票最多的两人中选举副总统。选举副总统的法定人数由参议员总数的 2/3 构成，选出副总统需要参议员总数的过半数票。但依宪法无资格担

任总统的人，也无资格担任合众国副总统。

第十三条修正案〔1865〕第一款在合众国境内或受合众国管辖的任何地方，奴隶制和强迫劳役都不得存在，唯作为对依法判罪者犯罪之惩罚，不在此限。

第二款国会有权以适当立法实施本条。

第十四条修正案〔1868〕第一款凡在合众国出生或归化合众国并受其管辖的人，均为合众国的和他们居住州的公民。任何一州，都不得制定或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律；不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产；对于在其管辖下的任何人，亦不得拒绝给予平等法律保护。

第二款众议员的名额应按各州人口比例进行分配，每州人口统计包括该州除未纳税的印第安人之外的全部人口。但在选举合众国总统和副总统选举人、国会议员、州行政和司法官员或州议会议员的任何选

举中，一州的〔年满 21 岁并且〕是合众国公民的任何男性居民，如其上述选举权被剥夺或受到任何方式的限制（因参加叛乱或其他犯罪而被剥夺者除外），则该州代表权的基础，应按以上男性公民的人数占该州年满 21 岁男性公民总人数的比例核减。

第三款无论何人，凡先前曾以国会议员，或合众国官员，或任何州议会议员，或任何州行政或司法官员的身份宣誓维护合众国宪法，以后颠覆或反叛合众国，或给予合众国敌人帮助或支援，概不得担任国会参议员或众议员或总统和副总统选举人，或担任合众国或任何州属下的任何文职或军职官员。但国会得以两院各 2/3 的票数取消此种限制。

第四款对于法律批准的合众国公共债务，包括因支付平定作乱或反叛有功人员的年金和奖金而产生的债务，其效力不得有所怀疑。但无论合众国或任何一州，都不得承担或偿付因援助对合众国的作乱或反叛而产生的任何债务或义务，亦不得承担或偿付因丧

失或解放任何奴隶而提出的任何赔偿要求;所有这类债务、义务和要求，都应被认为是非法和无效的。

第五款国会有权以适当立法实施本条规定。

第十五条修正案〔1870〕第一款合众国公民的投票权,不得因种族、肤色或曾被强迫服劳役而被合众国或任何一州加以剥夺或限制。

第二款国会有权以适当立法实施本条。

第十六条修正案〔1913〕国会有权对任何来源的收入规定和征收所得税，不必在各州按比例分配，也无须考虑任何人口普查或人口统计。

第十七条修正案〔1913〕〔一〕合众国参议院由每州两名参议员组成,参议员由本州人民选举，任期6 年；每名参议员各有一票表决权。每个州的选举人应具备该州州议会人数最多一院选举人所需具备之

资格。

〔二〕任何一州在参议院的代表出现缺额时，该州行政当局应发布选举令，以填补此项缺额，但任何一州的议会得授权该州行政长官，在人民依该议会指示举行选举填补缺额以前，任命临时参议员。

〔三〕对本条修正案的解释不得影响在本条修正案作为宪法的一部分生效以前当选的任何参议员的选举或任期。

第十八条修正案〔1919〕第一款本条批准一年后，禁止在合众国及其管辖下的一切领土内酿造、出售或运送作为饮料的致醉酒类；禁止此类酒类输入或输出合众国及其管辖下的一切领土。

第二款国会和各州都有权以适当立法实施本条。

第三款本条除非在国会将其提交各州之日起七年以内，由各州议会按本宪法规定批准为宪法修正案，不得发生效力。

第十九条修正案〔1920〕〔一〕合众国公民的选举权，不得因性别而被合众国或任何一州加以剥夺或限制。

〔二〕国会有权以适当立法实施本条。

第二十条修正案〔1933〕第一款本条未获批准前，总统和副总统的任期在原定任期届满之年的 1 月 20 日正午结束，参议员和众议员的任期在本条未获批准前原定任期届满之年的 1 月 3 日正午结束，他们继任人的任期在同时开始。

第二款国会应每年至少开会一次，除国会以法律另订日期外，此会议在 1 月 3 日正午开始。

第三款如当选总统在规定总统任期开始的时间之前亡故，当选副总统应成为总统。如在规定总统任期开始的时间以前，总统尚未选出，或当选总统不合乎资格，则当选副总统应代理总统直到产生一名合乎

资格的总统时为止。在当选总统和当选副总统都不合乎资格时，国会得以法律规定代理总统之人，或宣布选出代理总统的办法。此人应代理总统直到产生一名合乎资格的总统或副总统时为止。

第四款国会得以法律对以下情况作出规定：在选举总统的权利转移到众议院时，可被该院选为总统的人中有人死亡；在选举副总统的权利转移到参议院时，可被该院选为副总统的人中有人死亡。

第五款第一款和第二款应在本条批准以后的 10 月 15 日生效。

第六款本条除非在其提交各州之日起 7 年以内，由 3/4 州议会批准为宪法修正案，不得发生效力。

第二十一条修正案〔1933〕第一款美利坚合众国宪法第十八条修正案现予废除。

第二款在合众国任何州、准州或属地内，凡违反当地法律为在当地发货或使用而运送或输入致醉酒

类，均予以禁止。

第三款本条除非在国会将其提交各州之日起 7 年以内，由各州修宪会议依本宪法规定批准为宪法修正案，不得发生效力。

第二十二条修正案〔1951〕第一款无论何人，当选担任总统职务不得超过两次；无论何人，在他人当选总统任期内担任总统职务或代理总统两年以上，不得当选担任总统职务一次以上。但本条不适用于在国会提出本条时正在担任总统职务的任何人；也不妨碍在本条生效时正在担任总统职务或代理总统的任何人在一届任期结束前的时间里继续担任总统职务或代理总统。

第二款本条除非在国会将其提交各州之日起 7 年以内，由 3/4 州议会批准为宪法修正案，不得发生效力。

第二十三条修正案〔1961〕第一款作为合众国政府所在地的特区，应依国会规定方式选派：一定数目的总统和副总统选举人，其数目等于把特区看作一个州时，它在国会中有权拥有的参议员和众议员人数的总和，但决不得超过人口最少之州的选举人人数。他们是在各州所选派的选举人以外增添的人，但为了选举总统和副总统的目的，应被视为一个州选派的选举人；他们在特区集会，履行第十二条修正案所规定的职责。

第二款国会有权以适当立法实施本条。

第二十四条修正案〔1964〕第一款在总统或副总统，总统或副总统选举人、或国会参议员或众议员的任何预选或其他选举中，合众国公民的选举权不得因未交纳人头税或其他税而被合众国或任何一州加以剥夺或限制。

第二款国会有权以适当立法实施本条。

第二十五条修正案〔1967〕第一款如遇总统被免职、亡故或辞职，副总统应成为总统。

第二款凡当副总统职位出缺时，总统应提名一名副总统，经国会两院都以过半数票批准后就职。

第三款凡当总统向参议院临时议长和众议院议长提交书面声明，称他不能够履行其职务的权力和责任，直至他向他们提交一份内容与此相反的声明为止，其权力和责任应由副总统作为代理总统履行。

第四款凡当副总统和行政各部主官的多数或国会通过法律设立的其他机构成员的多数，向参议院临时议长和众议院议长提交书面声明，称总统不能够履行总统职务的权力和责任时，副总统应立即作为代理总统承担总统职务的权力和责任。此后，当总统向参议院临时议长和众议院议长提交书面声明，称丧失能力的情况不存在时，他应恢复总统职务的权力和责任，除非副总统和行政各部主官的多数或国会通过法律

设立的其他机构成员的多数在 4 天之内向参议院临时议长和众议院议长提交书面声明，称总统不能够履行总统职务的权力和责任。在这种情况下，国会应对此问题作出裁决，如在休会期间，应为此目的在 48 小时以内集会。如果国会在收到后一书面声明后的 21 天之内，或者如果国会因适逢休会而按照要求专门为此目的集会以后的 21 天之内，以两院 2/3 的票数决定总统不能够履行总统职务的权力和责任，则副总统应继续作为代理总统履行总统职务的权力和责任；否则总统应恢复总统职务的权力和责任。

第二十六条修正案〔1971〕第一款年满 18 岁或 18 岁以上的合众国公民的选举权，不得因为年龄而被合众国或任何一州加以剥夺或限制。

第二款国会有权以适当立法实施本条。

附录三

美国司法体系和联邦法院

就司法权在三权分立体制中的地位而言，相对于其他西方国家，美国的司法权最重，法官的地位最高，美国的官司多，以打官司为职业的律师也最多。

美国的法院体系和司法原则

一、双重的法律体系和司法体系在美国打官司，首先得知道哪些案件应该向州法院起诉，哪些案件应该向联邦法院起诉。美国是一个联邦制国家，有联邦宪法和联邦法律、州宪法和州法律两个法律体系，但

联邦宪法和联邦法律具有最高地位。法院同样存在联邦法院系统和州法院系统，联邦有最高法院，各州也有州的最高法院（有的州称为州最高上诉法院或上诉法院）。州法院是州政府的司法部门，联邦法院则是联邦政府的一个部门，这两套法院之间没有上下级关系，但在司法管辖的范围上有所分工。绝大多数的案件，既可向州法院起诉，也可以向联邦法院起诉。但州法院审判案件时，在适用法律方面不仅受州宪法和州法律的限制，也要受联邦宪法和法律以及联邦所签定条约的约束，“即使州的宪法和法律的任何条款与之相抵触”。

联邦法院的管辖权受联邦宪法和法律的限制，只能行使由联邦宪法赋予和由国会立法规定的联邦司法权力。根据美国宪法第三条第二款的规定，合众国司法权适用于以下范围的案件：①合众国作为诉讼的一方的案件；②涉及到州的案件，具体包括两个或两个以上的州之间的诉讼案件、一个州与另一个州的公

民之间的争执案件、不同州的公民之间的诉讼、同一个州的公民之间关于不同州的土地的所有权的诉讼；③涉及大使、公使和领事的一切案件；一州或其公民与外国或外国公民或属民之间的诉讼；④所有涉及到联邦宪法、国会通过的法律和根据联邦权力缔结的条约的一切案件，以及关于通航水域的法律一切案件。

宪法让联邦法院有权审理上述案件，但并没有禁止州法院审理这些案件。但是，美国国会可以规定某些案件由联邦法院独自行使管辖权，如反对合众国的犯罪所引起的案件，以州为诉讼当事人的案件，涉及大使和其他外交官员的案件等。这样，在任何一个州里，都既有州法院系统，也有联邦法院系统。对有些案件，两种法院都可以受理；另一些案件，只有州法院才能受理；还有些案件，只有联邦法院才能受理。事实上，联邦法院审判涉及联邦法律的一切案件，但宪法对初审管辖权和上诉管辖权作了区别，如联邦最高法院只拥有有限的初审管辖权，但最高法院拥有广

泛的上诉管辖权。因此，在美国，一场官司可能从州法院开始，但如果涉及到联邦宪法和联邦法律，就可以从州最高法院上诉到联邦最高法院。

二、司法独立原则司法独立是法治原则在司法领域的体现。司法机关的基本任务和职责，就是根据宪法和法律裁决公民与公民之间、公民与国家机关之间的各类纠纷和争执，法官做出裁决，只服从宪法和法律，必须独立进行审判。司法独立，首先是指独立于行政机关，法院和法官行使司法权，不受行政机关的干涉，不接受行政机关的领导和指示，行政机关不得因法官的判决不符合其意愿而将法官撤职。但在美国，由于实行所谓“严格的”三权分立，司法独立还强调法院独立于立法机关。由于独立后的 13 国普遍奉行“立法至上”的原则，一段时间里，议会任意侵占侵占行政和司法部门的权力，议会甚至宣布法院关于财产争议的裁决无效。因此，制宪会议有意让联邦政府的三个部门相互独立，相互平行，国会也不能干涉和

干扰法院的审判活动，法官如果认为国会制定的法律违反宪法，就可以拒绝执行。

为了保证司法独立，保证法官不会因为做出某项裁决而受到政府或国会的报复，美国在宪法和法律上采取如下一些措施：

1.法官如无过失得终身任职。第三条第一款中就明确规定，“最高法院和下级法院的法官在行为良好期间得继续任职”，这就意味着联邦法院的法官实行终身制。现在，美国联邦法官在年满 70 岁且任职满十年的情况下可以退休。美国有些州法院的法官是由选举产生并实行任期制，但在任期届满之前，除非经过弹劾不得被免职或令其提前退休。无论实行终身制还是任期制，在退休前或任期届满之前，法官的职务都是有保障的，是神圣不可侵犯的。但法官应受弹劾的监督，即法官如犯有“叛国、贿赂或其他重罪和轻罪”，经弹劾应被免职。不过，也有人主张对法官的弹劾与总统及其他文职官员应有所不同，如违反“行

为良好”的原则也应受到弹劾。事实上美国历史上对法官的弹劾也多一些。

2.不相容原则和政治中立。不相容原则也适用于法官,即法官不得同时担任政府职务,不得兼任议员,不得兼任其他盈利性职务。政治中立则要求法官不得以政党身分从事政治活动。

3.待遇保障。法官享有高薪待遇和退休保障,宪法第三条第一款还规定,联邦法官“应在规定的时间得到服务报酬,此项报酬在他们继续任职期间不得减少”。这条规定的目的,是使法官任职期间免遭报复和刁难。因此,法官任职时,他的薪金可以增加,但不能减少。现在,合众国最高法院的首席法官的年薪与副总统相同。年满 70 岁并担任联邦法官 10 年以上,或年满 65 岁并担任联邦法官 15 年以上,可以领全薪退休。为了确定联邦公职人员的薪金标准,建立了一个由九名“不担任公职的人员”组成的“行政、立法和司法人员薪金委员会”,由总统任命的三人(并

指定一人担任主席）和参议院议长、众议院议长和最高法院首席法官各任命二人组成。该委员会的职责是对包括国会议员在内的行政、立法和司法人员的薪金标准进行审查，并向总统提出报告和建议，总统再根据此报告向国会提出建议，建议在提出 30 天后自动生效，除非参众两院在 30 天期限内以联合决议否决此建议。

三、遵守先例原则美国属于英美法系，其重要特点就是存在判例法。所谓判例法，不是由立法机关制定的法律，而是产生于法官的判决，即可以从法官判决中推导出来的法律原则。法官判决不仅是根据制定法，也具有宣示法律原则、解释制定法的作用。因此，在美国的司法制度中，实行“遵守先例”的原则。法官的判决不仅适用于所判决的案件本身，而且成为一种先例。法官们在判决时，都要考虑所有的判例，其中不仅包括遵守上级法院的所有判决，也要遵守他们自己法院先前的判决。因此，一个判决一旦做出，这

个判决就对做出判决的法官本人也有了约束力。当然，先例并非绝对不能改变，但应该有“明显的理由”。但是，在先例面前，法官们也仍然有他们的主动性，因为在同样的问题上，总会存在可供法官挑选的许多相互冲突的先例。尤其是联邦最高法院，可以根据社会情况的变化来撤消它不再愿意遵循的先前的判例。如 1954 年，由沃伦担任首席法官的最高法院在布朗诉托皮卡教育委员会案中的判决，就推翻了普莱西诉弗格森案确立的“隔离但平等”的原则，裁决隔离使用教育设施的作法本身即为不平等。

四、法官的挑选和任命中的政治与法官的“政治中立”原则由于联邦法院的法官由总统提名经参议院同意后任命，两党主要是通过影响对法官的任命来影响司法过程。根据法治原则，司法系统应严守公正、中立的准则，超越于党派政治之上，但“实际上在选择最高法院或联邦法院法官时，政党倾向或司法哲学是其中考虑的重要因素之一”。20 世纪 30 年代，罗

斯福总统曾经试图通过任命有本党背景的法官改变联邦最高法院法官的党派构成，目的就是使之更有利于“新政”的实施。后来，尽管对司法任命的非政治化作了努力，使司法决策更多来自法官个人而非党派倾向，但是“法官并未完全摆脱政治性考虑，他们仍然和行政、立法机关中的重要政治人物保持着松散的联系，他们必须依靠政党的立法者为其制定预算”。

在各州，州法院法官的挑选办法有较大差别，大多数州实行选举产生的办法，而选举又有党派选举和超党派选举之分。

具体情况如下：在党派选举中产生法官的有 13 个州；实行超党派选举的 10 个州；有 4 个州由州议会选举产生；由州长任命的有 7 个州；另外有 16 个州实行功绩制。

表 1 总统任命同党人士为联邦法官的统计（从克利夫兰到布什）

总统政党百分比%克利夫兰民主党 97.3 哈里逊

共和党 87.9 麦金莱　共和党 95.7 T.罗斯福　共和党 95.8 塔夫脱　共和党 82.2 威尔逊　民主党 98.6 哈定 共和党 97.7 柯立芝　共和党 94.1 胡佛　共和党 85.7 F.罗斯福　民主党 96.4 杜鲁门 民主党 93.1 艾森豪威尔 共和党 95.1 肯尼迪　民主党 90.9 L.约翰逊　民主党 95.2 尼克松　共和党 93.7 福特　共和党 81.2 卡特　民主党 94.8 里根　共和党 94.4 布什　共和党 93.5

资料来源：斯坦利等：《美国政治重要统计》，第 292 页。

表 2 总统任命联邦地区法院和上诉法院法官的人数（1963 - 1992）

地区法院白人黑人亚裔拉美裔妇女上诉法院白人黑人亚裔拉美裔妇女

约翰逊 122 人 93.4%4.10.0 2.51.640 人 95.0% 5.00.00.0 2.5 尼克松 17995.53.40.01.10.64597.8 0.0 2.20.00.0 福 特 5288.55.83.91.91.912100.00.00.00.00.0 卡特 20278.713.9 0.56.914.75678.6 16.13.61.819.6 里根 29092.4 2.1 0.74.88.37897.41.30.01.3 5.1 布什 148 89.26.8 0.0 4.019.63789.25.40.05.418.9

资料来源：斯坦利等：《美国政治重要统计》，第 290 - 291 页。

但是，法官不论是选举产生还是任命产生，也不论他在担任法官之前有何党派背景，不论曾经担任过什么公职，一旦成为法官，他就不得再参与党派活动，而应保持“政治中立”。因此，行政首脑（总统和州长）实际上不可能控制由他们任命的法官。例如，1952 年，最高法院在“杨斯顿钢铁和钢管公司诉索耶案”中拒绝了杜鲁门总统接管钢铁厂的理由，裁决

总统的接管违反宪法，而当时的最高法院九名法官中，五名是由罗斯福总统任命，四名是由杜鲁门总统任命的。又如，尼克松总统在他的任期内有机会任命了四位最高法院的法官，其中包括首席法官沃伦。伯格，然而，正是这个包括四名由尼克松本人任命的法官的最高法院，在“合众国诉尼克松”案中全体一致通过，拒绝了尼克松所提出的理由，裁决尼克松总统应该交出水门事件特别检察官贾沃斯基所要求的录音带。而播放这些录音带揭露了尼克松曾参与掩盖水门事件，导致尼克松面临必然被弹劾的结局，他因而只好选择辞职。这一事件说明，“通过法官的任命来控制最高法院是极为困难的”。

美国的联邦法院

一、1789 年司法条例美国宪法第三条规定，“合众国的司法权，属于一个最高法院和国会随时规定和

设立的下级法院”，这意味着制宪会议共同同意的是要建立一个最高法院作为联邦司法系统的最高审判庭，但对于联邦司法系统如何组成，是由各州法院组成还是由联邦下级法院组成，对于是否需要设立联邦下级法院等问题，未能达成一致，因此把所个问题留给国会去决定。

第一届国会开始工作不久就通过了1789年司法条例，建立了联邦法院体系，确定了联邦法院的组织和各类法院的管辖范围。当时规定最高法院由一名首席法官和5名大法官共6人组成，建立的下级法院包括13个地区法院，每个州为一个联邦司法区，每个地区法院设一名法官，三个巡回法院，每个巡回法院由两名最高法院法官和一名地区法院法官组成，从而构成了联邦法院体系。不过，自那以后，美国的司法条例经国会做过多次修订，增设和撤消各类法院、改变各类法院的管辖权、制定和修改程序规则、为各类法院设置官员和雇员的职位等。其中最重要的修改有

两次，一是 1891 年通过的司法条例，为减轻最高法院的负担建立了上诉法院，在此之前各巡回区的上诉案件是由最高法院法官承担审理的。二是 1925 年的条例赋予最高法院调阅下级法院案卷的裁处权。

1789 年的司法条例及后来的修订，显示了美国的国会拥有规定包括最高法院在内的联邦法院的组织结构、管辖权限和办案程序的权力，体现了立法部门对司法部门的制衡。但反过来，最高法院是由宪法直接设立，它的存在不以国会的意愿为转移，并拥有宪法所规定的初审管辖权，正是最高法院在马伯里诉麦迪逊案中裁定 1789 年司法条例的某些条款违宪，确定了美国的司法审查制度。

1789 年司法条例第 25 条明确把州法院置于联邦法院的上诉管辖权之下，规定州法院所判决的以下几种案件可上诉到联邦最高法院：州法院的判决违反了合众国宪法、法律和条约；州法院的判决所维护的州法律与合众国宪法、条约、或法律相抵触；州法院

的判决否定了联邦宪法和法律所肯定的权利和特权。这样，就把联邦至上条款所体现的原则贯彻到了司法制度中，使得凡是被认为违反了宪法第六条关于联邦宪法、法律和条约为全国最高法原则的案件都可以上诉到联邦最高法院，赋予了联邦法院复审州法院判决的权力，并使联邦最高法院对于各州成为宪法最后解释者，从而“解决了州和联邦权力的范围之争问题”。

二、联邦法院的体制现在，美国联邦法院系统由 94 个联邦地区法院、13 个联邦上诉法院和一个最高法院组成。

1、联邦地区法院每个州至少有一个地区法院，较大的州可能设立 2 至 4 个地区法院。现加利福尼亚州设有四个地区法院，办公地点分别在旧金山、萨克拉门托、洛杉矶和圣迭戈。纽约州和得克萨斯州也有四个地区法院。美国全国 50 州共设有 89 个地区法院，另外哥伦比亚特区和波多黎各领地各有一个地区法院。每个地区法院至少有一名法官，共有 576 名

地区法官。设在纽约市的纽约州南部地区法院法官最多，有 27 名法官。联邦地区法院法官都是由总统经参议院同意后任命，终身任职。地区法院是初审管辖法院，也是联邦司法系统中“工作最重的”的法院。这 91 个联邦地区法院只有联邦的司法管辖权。但联邦地区法官审理的案件可能涉及不同州的公民，这时，他们也要应用有关州的法律。经联邦地区法院判决的案件，大多数可以上诉到联邦上诉法院，有少数几种可以直接上诉到最高法院。

地区法官可以任命书记官、法警、法律书记员、法庭报告发布官、法庭记录员等协助他的工作。但最重要的角色是联邦执法官。联邦执法官分专职和兼职两种，全国现共有 287 名专职执法官和 168 名兼职执法官。他们也是由地区法官任命，但需要经联邦司法地区的居民组成的陪审员小组审查。执法官任期八年，其职责是发布逮捕状、决定被捕者是否应由大陪审团起诉。每个地区法院还有一名联邦执行官，他由

总统任命并受联邦司法部长的监督，他的主要职责是维持法庭秩序、实施逮捕、执行法院命令，传唤证人等。

2、联邦上诉法院美国全国 50 州划分为 11 个司法巡回区，此外，首都华盛顿哥伦比亚特区作为一个巡回区，每个巡回区设立一个联邦上诉法院，共 12 个上诉法院。每个巡回区所管辖的范围大小不同，如第二巡回区只辖纽约和康涅狄格两州，第九巡回区则辖加利福尼亚等太平洋沿岸及夏威夷、阿拉斯加九个州并加上关岛和北马里亚纳群岛。

另外还有一个特别的“联邦巡回区”，其上诉法院称为联邦巡回上诉法院，由 12 名总统提名经参议院同意任命的法官组成，办公地点也设在哥伦比亚特区。该上诉法院与其他 12 个上诉法院地位相同，但其管辖的地理范围涉及全国，而管辖的案件限于审理由各联邦地区法院及有关联邦独立管理机构转来的涉及专利、商标、版权、合同、国内税收的案件，以

及索赔法院和国际贸易法院的判决。因此，在哥伦比亚特区有两个上诉法院，一个为哥伦比亚特区上诉法院，一个为联邦巡回上诉法院，两者是不同的。

每个联邦上诉法院有 6 至 28 名法官，也都是由总统提名，经参议院同意后任命，皆为终身职。上诉法院审理案件，一般由三名法官组成法庭，但特别重要和有争议的案件要求全体法官出席。上诉法院只有上诉管辖权，受理经辖区内联邦地区法院判决的案件的上诉，也审查联邦贸易委员会之类的独立管理机构的行动。

最高法院、联邦上诉法院、联邦地区法院是根据宪法第三条设立的，因此被称为“宪法性法院”，又称“宪法第三条法院”，但它们都属于一般管辖权的法院。另外，还有国会设立的特别宪法性法院，如合众国国际贸易法院、合众国索赔法院。

此外，还有一类不是根据宪法的第三条设立而是由国会为某些特别的目的而设立的法院，或者说是由

国会为行使宪法第一条所赋予的立法权而设立的法院，被称为“立法性法院”，或者“宪法第一条法院”。立法性法院的法官一般由国会规定了明确的任期，并被授予非司法的职能，其挑选和任命程序也与宪法性法院的法官不同。如合众国军事上诉法院审判案件应用军事法，由三名文职法官组成，由总统经参议院同意任命，但任期为 15 年；破产法院专门审理有关破产的案件，法官由联邦上诉法院任命，作为联邦地区法院的附属机构。

3、最高法院合众国最高法院是唯一直接由宪法明确规定而设立的法院，也是联邦法院中的最后上诉法院。1790 年根据 1789 年司法条例成立，其组成人数几经增减，1869 年国会通过法令规定最高法院由一名首席法官和八名大法官组成。30 年代，由于最高法院宣布一系列新政立法违宪，引起罗斯福总统不满，他在 1936 年竞选连任获得压倒优势的胜利，便在 1937 年向国会提出改组最高法院的法案，将最

高法院的法官人数增加到 15 人，以便通过“掺沙子”来改变最高法院的态度。但这一法案未能获得国会通过，因此，美国最高法院至今仍由 9 名法官组成。

美国联邦最高法院的管辖权分初审管辖权和上诉管辖权。其初审管辖权只适用于两类案件：一是涉及大使、其他公使和领事的案件，另一类是一州为一方当事人的一切案件。第二类案件中，州与州之间的法律争执，初审管辖权为最高法院所专有。而一个州与联邦政府之间的诉讼，或者一个州与另一州的政治实体、法人团体或公民之间的诉讼，最高法院虽然拥有初审管辖权，但最高法院也可以让联邦下级法院去初审。

除了上述两类案件外，所有属于联邦司法权范围的其他案件，最高法院都拥有上诉管辖权，并且必须“依照国会所规定的例外和规章”，这就是说最高法院的上诉管辖权要受国会的控制，由国会决定。涉及联邦问题的案件，可以由州最高法院直接上诉到最高

法院，但是，上诉案件的工作量太大，因此，最高法院只能挑选审查最重要的案件。每年，最高法院的开庭期从 10 月的第一个星期一到第二年的六月。在一个开庭期里，最高法院要处理大约 5，000 宗案件，实际上只占联邦法院处理的案件的大约 3%.在大多数情况下，最高法院都是只做一个简短的判决，以“不合要求”或“无关紧要”为由，认为用不着由它复审。每年由最高法院判决的案件约有 200 到 250 件案件。但对某些案件，最高法院必须审查，其中包括：州最高法院在终审判决中否定合众国条约和法律的效力的案件，州最高法院的终审判决支持了与合众国宪法、条约、或法律相抵触的州法律的案件，联邦上诉法院裁决州法律与合众国宪法、条约、法律相抵触而无效的案件，联邦地区法院在判决中宣布国会制定的法律违宪的案件，以联邦政府或其任何机构、官员为一方当事人的民事诉讼案件，联邦地区法院的其他某些判决。

对于是否受理上诉案件，最高法院有自由裁处权，有权决定它想讨审理哪些案件，它可以以“缺乏实质性联邦问题”或“没有适当的联邦问题”为由而拒绝受理上诉案件；也可以发出“调案令”，把它认为值得审理的重要案件调到最高法院来复审。无论是受理上诉案件，还是调审重要案件，都需要有四名法官同意。最高法院是否受理一个案件，不是取决于这个案件对当事人的意义，而是取决于这个案件对“整个政府系统的运行”的重要性。

美国最高法院的首席法官是美国政治制度中最重要的角色之一。最高法院的首席法官和其他八位大法官一样，都是由总统提名经参议院同意后任命，终身任职。但四年一度的总统宣誓就职仪式由他主持，监督总统做出宪法所规定的宣誓，在形式上是由他赋予新任总统以合法地位和宪法权力。他又是最高法院的主持人，并作为整个联邦司法系统的头号官员履行管理的责任。但他只是作为“首席法官”而不是“院

长”。所谓“首席”，意味着他的角色仅仅是充当“同事中居首位者”。他的权力和影响主要是“劝说”而不是命令。除了管理职责和薪俸略高以外，首席法官在做出判决时与其他大法官的权力是同等的。但首席法官可能用他的司法主张来影响其他大法官，他主持开庭和法庭辩论，主持讨论案件的会议，并可以提出处理案件的建议，安排和指派判决书的撰写。在讨论判决的秘密会议上，首席法官有权首先发言，可以起到“定调子”的作用。在就判决投票时，首席法官最后一个投票，如果其他法官分为两种不同意见又票数相等，他的一票就具有决定意义。因此，首席法官对判决过程和判决结果有较大的影响，在美国的政治发展史上发挥重要作用。迄今美国历史上已有过 16 名最高法院首席法官，其中最著名的如 19 世纪的约翰。马歇尔和罗杰。B.坦尼，40 年代的哈伦。F.斯通，战后的厄尔。沃伦和沃伦。伯格等。马歇尔任职的时间最长，自 1801 至 1835 年，共 35 年。但进入本世

纪后，最高法院首席法官的任职年限均在 20 年以内。威廉。霍华德。塔夫脱是美国历史上唯一的一位在成为最高法院首席法官之前曾经担任过总统的政治家。

美国最高法院全体法官组成一个法庭，审理案件时原则上应全体出席。最高法院在开庭审理案件之前，法官们要阅读诉讼各方所递交的“辩护状”，其中包括各方提出的法律论据、历史材料和有关的判例，有的可能长达数百页。除了诉讼各方外，最高法院还可能收到“法庭之友”提交的辩护状，个人、团体、公司或政府机构，都可以作为法庭之友，表示他们对案件的关注并提供有关的信息，这成为利益集团向最高法院施加压力的一种手段。甚至总统也会运用法庭之友的方式，通过联邦政府的司法部劝说最高法院改变主意。在 1989 年的一宗案件中，最高法院所收到的法庭之友辩护状就多达 78 件。

最高法院开庭听取口头辩论，由诉讼各方的律师进行辩护，辩护的时间有一定限制，一般为半小时，

有的也放宽到一小时。但是，律师们在作口头陈述时，法官却可能心不在焉，因此，有人做了这样的描写：他们或交头接耳，或翻看材料，当他们觉得律师的陈述特别乏味时，就会不时故意夸张地看自己的手表。

在阅读和研究过辩护状、听取了口头辩论后，最高法院就要举行会议讨论这些案件。这种会议在每个星期三下午和星期五的整天由首席法官主持召开，秘密举行，因而被称为“幕后活动”。它的判决以投票表决的方式做出，包括首席法官在内的九名法官都有同等的表决权。南北战争后的重建期间，由于最高法院在一系列判决中扼杀了重建成果，激起国会对最高法院的尖锐批评，众议院在1868年通过了一项议案，要求最高法院必须有三分之二多数才能宣布一项国会法案违宪。但是，参议院却否决了这项议案。自最高法院成立以来一直是依多数票做出裁决。投票后即根据表决结果起草一份判决意见书。当首席法官站在多数票一边时，便由他指派一名法官起草判决书。如

果首席法官属于少数派，便由多数一方的资深法官来指派法官起草。但每位法官都可以写出自己的附议意见书，而不论他是否赞成多数的意见。少数派的法官可以写上自己的不同意见，多数派的法官如果同意判决的结果，论证的理由却不同，也可以写出并存的附议意见书。如 1952 年，最高法院在关于杜鲁门政府接管钢铁厂案的判决中，以 6 票对 3 票裁决总统接管是篡夺立法权的违宪行为，判决书由多数派布莱克法官起草，另外五位赞成这一判决的法官分别写上了各自不同的见解，首席法官文森则代表少数派的三位法官起草了反对意见，为杜鲁门的行动辩护。这样，这份判决书中就包括了七种不同的意见，当然，这种判决不如一致多数和全体一致的判决那样有影响，因为这种判决本身就是“含糊不清，令人眼花缭乱”的。

三。 司法审查制度美国的联邦法院，主要是最高法院，拥有违宪审查权，即审查国会和政府的行为是否符合宪法，又称“司法审查权”。违宪审查制度

起源于美国，联邦法院既审理宪法案件，也审理一般的民事、刑事案件，这就是说违宪审查的案件是由普通法院审理的，而不是像法国、意大利等欧洲大陆国家那样由专门的宪法法院审查。

1、美国早期的司法审查实践在北美殖民地时期，英国枢密院拥有监督和审查殖民地立法的权力，据统计，从 1696 年英国加强对殖民地的控制起的北美独立为止，北美殖民地共有 469 件立法被英国枢密院宣布无效。但这是基于宗主国的法律高于属地的立法这一原则，而不同于后来的违宪审查。

独立后，随着对立法机关可能出现多数暴虐的担心，出现了加强司法部门的要求。早在 1787 年制宪会议之前，独立后的北美 13 国就已出现了司法审查的实践。首先是在 1780 年，新泽西最高法院在“霍尔姆斯诉沃尔顿”这个历史性的案件中，即判决 1778 年通过的一项没收通敌贸易财产的法律违反新泽西的宪法，因为这项法律规定此类较小的案件只需经六

人陪审团审判，从而违反了宪法中关于十二人陪审团的保证。在 1880 年代，罗得岛、北卡罗来纳也都有过司法审查的案例。当时，面对立法权的扩张，人们试图让法院成为限制立法机关的手段。这反映了一种倾向：应对立法权加以限制，使立法者们对基本法负责。而成文法作为最高法，独立的司法部门应获得宣告法律的责任。

制宪会议上，弗吉尼亚方案曾主张建立一个议案审核委员会，由总统和适当数量的法官组成，有权在立法机关制定的法律生效之前进行审查。后来也有人主张应赋予法院审查法律的权力，但由于意见分歧，制宪会议实际上没有对这个问题做出明确决定。后来，汉密尔顿在《联邦党人文集》的第 78 篇中实际上阐述了司法审查权的必要性，他认为，将批准的宪法是一种限权宪法，即为立法机关规定一定的限制，而这些限制必须“通过法院执行”。汉密尔顿又指出，“宪法与法律相较，以宪法为准”，“违宪的立法自然不能

使之生效”，主张法院必须有权“宣布违反宪法明文规定的立法为无效”。

美国的最高法院是在审判有关案件的实践中获得违宪审查权的，联邦法院系统建立起来后，就开始作为宪法解释者运用权力。1792 年，联邦巡回法院判决罗得岛州的一项立法违反了关于不得损害契约义务的宪法条款，因而无效，但这只是联邦法院对州法律的审查，体现的是联邦宪法和法律为全国最高法的原则。1795 年，曾经在制宪会议上提出新泽西方案、当时是最高法院法官的威廉。佩特森，在宾夕法尼亚巡回法院审理“范霍恩的承租人诉多伦斯案”时明确地指出，宪法规定了政府形式，是国家的最高法律，是“政治体系的太阳，所有立法、行政和司法机关都应围绕着它转”，“如果立法机关通过的一项法律违反了某项宪法原则，……法院的职责就是恪守联邦宪法，并宣布该项法律无效”。次年，在“希尔顿诉合众国案”中，最高法院裁决国会征收运费税是一种

间接税，因而符合宪法，这实际上意味着最高法院有权对国会的立法是否符合宪法做出裁决。到 1800 年，几乎所有联邦法官以及大多数律师都接受了这样的原则：最高法院可以宣布国会通过的法律违宪。

2、马伯里诉麦迪逊案 1800 年的选举，约翰。亚当斯总统和联邦党人遭到失败，不仅失去了总统职位，也失去了国会的两院，杰斐逊和民主共和党人获得全胜。于是，亚当斯总统在卸任之前任命了他的国务卿约翰。马歇尔为最高法院首席法官；另一方面，联邦党人的跛鸭国会匆忙新设了许多联邦法官职位，由亚当斯总统提名了一批联邦党人担任，并突击通过了参议院批准的程序。但是，由于时间紧迫，亚当斯政府卸任时还剩下 17 份发给新任法官的委任状未能发出。联邦党人的目的，是企图把自己的人大批塞进联邦法院，以便能牵制将上任的杰斐逊政府。对此，杰斐逊当然极为恼火，他就任总统后，立即让国务卿麦迪逊扣发了这些尚待任法官的委任状，马伯里即是

其中之一。根据 1789 年司法条例第 13 条的规定，最高法院有权发出强制执行令，命令行政部门的一名官员采取某种行动。于是，马伯里向最高法院状告麦迪逊，并请求最高法院命令麦迪逊发给委任状。最高法院先是命令麦迪逊陈述扣发理由，麦迪逊没有理睬。最高法院如果判决麦迪逊应将委任状发给马伯里，杰斐逊政府会依然无视最高法院，将破坏最高法院的威信，并创下法院无权过问行政的先例。

马歇尔一时进退两难。经过一番思索，他做出了如下判决：

第一，任命马伯里是合法的，扣发委任状是无理的，马伯里应该得到委任状。

第二，最高法院在本案中没有初审司法权。根据宪法，最高法院的初审管辖权只适用于涉及外国和以一州为一方的案件。马伯里既非外国大使，又不是一个州，因此最高法院无权直接受理此案，也不能发布强制命令。而且，1789 年司法条例的第 13 条似乎

给了最高法院在此类案件中的初审权，因此该条款与宪法相抵触，应是无效的。

接着，马歇尔借题发挥，进行长篇论证。他求助于宪政政府的一般原则而不是宪法的具体条款。他提出了两个关键的论点，其一，“宪法是国家根本的、最高的法律”，根据成文宪法的基本原则，违反宪法的法案不能成为法律，当国会的法律与宪法相冲突时，法院的责任就是执行宪法而不理会法律，也就是说，法院应拒绝执行违反宪法的法律。其二，国会通过一项法律时，总统签署一项法律和执行法律时，大概认为该法律是符合宪法的，因此实际上也在解释宪法。但宪法是法律，“阐述何为法律，乃是司法部门的权限和职责”。因此，法院对宪法和法律有最后的解释权。

马歇尔对马伯里诉麦迪逊案的判决，一方面指责和教训了麦迪逊不应扣发委任状，同时又驳回了马伯里的请求，避免了杰斐逊方面蔑视法院判决的尴尬局

面。更有意义的是：他宣布一项国会法律中的一个条款因违反宪法而无效，开创了最高法院宣布国会制定的法律无效的先例，从而确立了最高法院的司法审查权。有人认为，这个判决在逻辑上是牵强附会的，然而在策略上却是非常巧妙的，他“精明地拒绝接受（1789 年司法条例赋予最高法院的）管辖权是服务于更大的目标”。

总之，马歇尔在马伯里诉麦迪逊案的判决中所阐述的司法审查的理论依据就是：宪法是根本法、最高法，是立法和行政的依据，议会和政府的行为不得与宪法相抵触；法院是解释法律的机关，也是解释和保障宪法的机关，应该有权宣告违宪的法律和法令无效。

表 3 被最高法院宣布违宪的联邦、州和地方的法律年代联邦法律州和地方法律 1789-179900 1800-1859235 1860-189920141 1900-191915158 1920-193928232 1940-19597118 1960-197936342 1980-1992

20178

资料来源：斯坦利等：《美国政治重要统计》，第308页。

3、司法审查的方式和内容美国的联邦法院都可以审查立法和行政部门的行为，审查的对象包括议会通过的一切法律、法令和行政部门的一切行政法规、行政命令和规章，可以撤消违反宪法的任何法律、法令和命令，但最高法院的判决具有最后的法律效力，除非被宪法修正案和它自己的判决所推翻。

西方国家进行违宪审查的方式主要有两种，一种是事后审查，一种是事前审查，美国为事后审查的典型。最高法院并不主动审查议会通过的法律、法令和政府的命令、法规，也不能以假想的事实为根据进行审查。议会和政府颁发法律、法令，无需事先征询司法部门的意见。法律生效后，即使已有不良后果，如果没有在具体的诉讼案件涉及该项法律，法院也不能

主动审查。这就是说，法院只能通过审理具体的诉讼案件来就其所适用的法律是否违宪做出裁决，这就是所谓“不告不理”原则。这就是说，法院只在法律生效后发生有关争议并有一方提起诉讼时才进行审查，这种审查就是一种“附带的审查”。而且，法院在对相关案件的判决中也不是直接宣告撤销或废除违反宪法的有关的法律，而只是宣布“不执行”或“拒绝执行”那条法律。由于美国实行判例法制度，上级法院的判决不仅对下级法院有约束力，而且对同一法院今后的判决也有约束力，一旦最高法院拒绝加以适用某条法律，以后就不会再适用，下级法院也不会再适用，这也就意味着这条法律实际上已经废止。

最高法院所受理的案件主要涉及以下三个方面的问题：一是涉及联邦与州之间的权力划分的争执，二是国家机关之间的权限争执，三是有关宪法所保障的公民权利的案件。由于美国实行联邦制和三权分立制度，联邦政府与州政府之间、联邦政府的三个部门

之间尤其是议会与政府之间常常会发生有关宪法所规定的权力界限的争议，这些争议有时体现在国会关于管理社会和经济事务的立法，或者通过立法对政府的授权，有时体现在政府的行政行为上。

1819 年的“麦卡洛克诉马里兰案”就是关于联邦权力划分的典型案件。1816 年，美国国会通过法律设立了第二合众国银行，并在巴尔的摩设立了分行。马里兰州议会制定法律对该分行征收重税，但该分行负责人麦卡洛克拒绝支付，引起争讼，麦卡洛克上诉到最高法院。马里兰方面的辩护意见是，宪法并没有明确授予国会设立银行的权力，而征税权是保留给州的权力之一，它认为适当时就有权征税。马歇尔法官在判决中明确地维护了联邦政府的权力，并根据宪法中的“必需而适当”条款提出了著名的“默示权力”论，他论证说，联邦政府的权力是有限的，但在行动范围内是至高无上的。“只要目的合理，只要它是在宪法范围内，一切手段都是适当的”，因此，设立合

众国银行是符合宪法的。而各州无权对国会的工具征税，阻碍和控制国会行使宪法权力的措施，从而裁定马里兰州无权向合众国银行征税。

又如，1935 年，最高法院先后在两个案件中判决罗斯福新政的重要立法全国工业复兴法违宪。第一个案件涉及到该法第九条，它授权总统为稳定油价而禁止把超过各州生产限额的石油运出州界。最高法院的判决认为，国会的这项授权没有为行政部门规定准则和标准，也没有对行政部门的自由处理权加以限制，是不适当的授权，因而根据该项条款所发布的任何行政命令也都是无效的。而第二个案件则导致最高法院宣布全国工业复兴法的其余部分违反宪法。该法为鼓励恢复正常生产，要求企业制定公平竞争法规，但纽约的屠宰业者对因违反纽约市家禽业公平竞争法规而被判罪不服，上诉到最高法院。最高法院在判决中认为，国家发生非常情况，也没有“创造或扩大宪法权力”，制定公平竞争法规包含了不符合宪法所规定

的国会职责的授权；而家禽业公平竞争法规是管制了州内的事务，超越了宪法赋予联邦的管理州际贸易的权力。可见，有时一个案件所涉及的问题往往比较复杂，会同时关系到上述三个方面的问题。

四、陪审团制度和司法程序 1、陪审团制度美国的司法程序中实行陪审团制度。陪审团有大陪审团和小陪审团之分。在联邦法院，只有联邦地区法院采用大陪审团起诉和小陪审团审判。陪审团由普通成年公民中遴选，根据美国律师协会起草的条件，陪审团成员必须“身体健康，智力健全，具有忠实和品德高尚的好名声，能读、写并通晓英语，对民事和刑事诉讼中提出的问题都有足够的智力和经验去理解”。对大陪审团的名单，检察官和被告人的律师可以提出异议；对小陪审团的成员，当事人或其律师、检察官和法庭，均可以对他们提出询问，进行审查。两种陪审团除正式成员外，还要遴选一定名额的候补陪审员，按召集的顺序代替那些不能或不够格履行职责的陪审员。

所谓大陪审团，由 16 至 23 人组成。美国宪法第五条修正案规定，“除非根据大陪审团的报告或起诉书，任何人不受死罪或其他重罪的审判”。大陪审团的职责主要是研究证据，确定事实，决定起诉。大陪审团的陪审员们“所关心的不是某人是有罪还是无罪，而仅仅注意是否有充分的证据证明进行一场审判是正当的”。其具体职能有两项，一是调查证据，听取证词，盘问证人，决定被控犯有某种罪名的被告是否应当受到审判。如果大陪审团断定有充分证据对被告进行审判，即可建议提出起诉。它的另一项职能是调查公职人员的行为，如发现有违法行为，即提出刑事控告。大陪审团开庭时，检察官、被询问的证人可以出庭，书记员可以在场；但大陪审团的评议和表决是秘密进行的，除陪审团成员外任何人均不得在场。陪审团通过投票表决做出裁决，必须有 12 名成员同意才能决定起诉。大陪审团不适用于民事案件。从保障公民权利的角度说，大陪审团的作用主要在于抑制

可能“头脑发热的政府官员”，保障公民免于“被不公正地控告犯有刑事罪”。不过，可能判处一年以上徒刑或劳役的罪行，如果被告放弃由大陪审团起诉，可以以检察官起诉书起诉。

小陪审团的规模小于大陪审团，一般由 12 人组成，但在有的州民事和非死刑刑事案件中，经当事人同意或经法庭认定有适当理由也可以少于 12 人，但至少必须有 6 人。更重要的是与大陪审团不同，小陪审团的职能是根据法庭的审判，做出被告是否有罪的判决，因此有人称大陪审团为“起诉陪审团”，小陪审团为“审判陪审团”。宪法第三条中已明确规定了“除弹劾案外，一切犯罪皆得由陪审团审判”。后来的美国宪法第六、第七修正案中分别规定了刑事和民事案件中由陪审团审判的权利，即在一切刑事诉讼中，被告人应由犯罪行为所在地的公正陪审团予以“迅速而公开”的审判；在民事纠纷中，“其争执价值超过二十元的，由陪审团审判的权利应受到保护”。所谓

小陪审团指的就是这些规定中的陪审团。陪审团审判一般实行“全体一致裁决”原则，即陪审团做出裁决必须经表决一致通过，并由陪审团在公开法庭向法官宣告裁决。如果表决不能达成一致意见，陪审团将退庭重新评议或者可能被解散。但在某些民事案件和刑事罪较小的刑事案件中，可以允许经 5/6、3/4、2/3 多数同意做出裁决。

2、刑事被告的宪法权利美国的刑事审判实行所谓“无罪推定”的原则，即在法庭判决之前，被告都被假定是无罪的。除了上面介绍的陪审团制度外，宪法中还规定了被告的以下权利：

①被告不得被迫“自证其罪”。第五条修正案中的在一条款，其基本含义是不得强迫被告作不利于自己的证明，不能提供作为证据的口供。根据这一原则，政府使用暴力、强制或其他非法手段所获得的口供“无论真实与否”，都是要严加禁止的，采用被告不情愿的陈述作为依据所进行的判罪不能成立。在受到

警察讯问时，被告有权保持沉默，有权请自己的律师在场，有权要求警察终止审讯。1961 年，美国最高法院在一个案件中裁定，凡是违宪取得的证据（包括强迫被告自证其罪和无理搜查所取得的证据），都不得在刑事审判中用来作为政府指控被告的证据。

②不得因同一犯罪行为而两次被置于“生命或身体的危害”中。这是宪法第五条修正案中“双重惩罚”条款，它在实践中的意义包括了三个宪法保障：被告被宣告无罪后，不得就同一罪行再次起诉；对同一罪行判罪后不得再次起诉；对同一罪行不得多次处罚。

③被告享有迅速、公开审理的权利。作为对被告的一条重要保护措施，防止不必要的延误和审理之前的不公正和虐待性的监禁。根据案件的性质，为保护当事人，法庭可以禁止或限制公众旁听，但被告的亲友不在被禁止之列。

④被告应得知控告的“性质和理由”，这一权利要求法律必须详细指明所要禁止的行为，使人明白什

么行为构成了犯罪。因此，法律的条文不能含糊不清，应提供明确的标准。

⑤被告同原告证人对质的权利。这一权利使被告有权向对方证人作交叉询问，并了解证人的身分。所有指控被告的证据应在法庭上公开提出。

⑥被告有取得“律师帮助为其辩护”的权利。在刑事诉讼的任何重要阶段，被告都可以由其律师辩护。如果被告自己不能聘请律师，法庭应为他指定律师，费用由政府支付。除非被告自己完全了解自己行为的性质，放弃这一权利，否则，无律师参与的刑事诉讼就是违反宪法的，由此做出的定罪裁决也将是无效的。

⑦被告有权要求以“强制程序取得对其有利的证人”，根据这一条款，被告可以要求法庭传讯所有了解案情而对被告有利的人出庭作证，但这类证人不能拒绝回答可能对被告不利的问题。

⑧不得要求过多的保释金，不得处以过重的罚金。这是宪法第八条修正案所规定的权利，所谓“保释”，

是在判决被告有罪之前，因此，如果被告被要求过多的保释金，他就失去了在审判中为自己辩护进行充分准备的机会，从而违反了无罪推定的原则。

⑨不得施加残酷和非常的惩罚。

在 60 年代的一系列案件中，由沃伦首席法官主持的最高法院做出了维护被告的宪法权利的裁决。

3、联邦刑事诉讼程序美国的刑事诉讼程序十分复杂，重罪与轻罪、不同的州、甚至一州内的不同地方，刑事诉讼程序有很大差别，但一般说来可以分为三个阶段：

审前程序　审前程序一般包括以下步骤：①控告。即由犯罪被害人或警方向联邦治安法官提出陈述，说明犯罪事实。②逮捕。由警察或其他执法人员拘留或羁押嫌疑人，逮捕后要履行登记手续，如果是重罪，还要拍照和提取指纹。③被逮捕者应被解送至地方法官或治安法官面前接受讯问，此时被捕的人即被告知可以保持沉默，他所说的一切都可能在法庭用作不利

于他的证据，并可获得律师帮助。被控以重罪的被告人有权要求进行预审，以确定是否有合理证据，如缺乏合理证据就应撤消指控，防止轻率将被告交付审判。同时，各方当事人也可以通过预审了解对方掌握的重要材料，特别是有利于辩护方从对方摸底。预审在地区法院进行，但预审不是必经程序。④起诉。由检察官决定提起公诉，如果是重罪案件，则召集大陪审团审查证据。起诉书有大陪审团起诉书和检察官起诉书两种情况，检察官起诉书不经大陪审团审查而直接由检察官以州或国家的名义的提出。但现在的发展趋势，使用大陪审团的在逐步减少，现有 18 个州对任何案件都不再需要大陪审团起诉；有 21 个州，只对重罪起诉需要大陪审团；只有 8 个州仍对除轻罪以外的所有罪行还需要经过大陪审团。⑤传讯。法院在接到起诉书后，应及时迅速安排传讯，传讯在公开法庭进行，被告人必须到庭。⑥被告人答辩。如果被告人承认有罪，即意味着放弃由陪审团或法庭审判的权利。法官

查明被告的认罪答辩是出于自愿并了解认罪的后果，可不再开庭，而直接做出判决。

审理程序　对刑事案件的正式审理，可分为以下步骤：①遴选陪审团。这是小陪审团，如前所述，双方当事人和其律师、检察官和法庭都可以审查陪审员，并有权申请陪审员回避，即拒绝某人担任陪审员。②第一次陈述。控辩双方先后进行陈述，主要是说明证据，陈述案情，不进行辩论。③举证。先由起诉方举证，然后由辩护方举证，包括出示物证、传唤证人出庭作证。证人要宣誓保证如实陈述，接受控辩双方的讯问。控辩双方要进行多轮直接讯问和交叉讯问，直到不必再问为止。④辩论终结。举证结束后，先由起诉方陈词，然后辩护方作辩论陈词，最后再由起诉方反驳。⑤指示陪审团。由于陪审员在法律方面毕竟是外行，因此要由主审法官对陪审团作总结提示，包括陪审团的职责和义务、解释有关的法律和法律术语的含义。⑥陪审团评议和裁决。陪审团退庭，进行秘密

评议，无论评议结果如何，事后任何人不得对评议活动进行法律调查。审判和评议期间，陪审员是否要与外界隔离，各地作法不一。陪审团表决做出一致裁决后，回到公开法庭，向法官宣告裁决结果。如果是无罪裁决，法官应宣布将被告当庭释放。如果裁决有罪，法官即命令将被告押回监狱或取保释放，等待判刑。

审后程序　庭审结束后，如果陪审团裁决有罪，法官就如何量刑做出决定。在做出决定前，被告及其律师、起诉方律师均可向法院就课刑提出意见。做出课刑决定后，即开庭宣判。被告人有上诉的权利，可在规定的期限内提出上诉。但上诉不得对陪审团裁定的事实提出异议，只能就法官使用法律上的错误提出上诉。因此，上诉审不审查事实，上诉法院不再传唤证人，不再审查证据，也不进行辩论，而是进行“书面审”，由上诉法院法官进行评议，做出或维持原判，或直接纠正原判决，或指示下级法院重审。